Der Schutz des Leichnams und der Grabmitgaben

nach dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, verglichen mit dem geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Pellkofer
aus Grafenau
Assessor in Freising.

Approbiert am 2. Mai 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929

29 251

Referent:
Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0060

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Rechtshistorische Einleitung 1

B. Das Recht nach dem Entwurf 1927, verglichen mit dem geltenden Recht 4

I. Der Schutz des Leichnams und der Asche selbst . . . 4

1. Die Begriffe „Leichnam“ und „Asche“ 4
2. Die Wegnahme 10
   a) Die Wegnahme als Eigentumsdelikt 10
   b) Die Wegnahme als Delikt gegen die Totenruhe . . 13
3. Der beschimpfende Unfug 20

II. Der Schutz der Beisetzungsstätte 23

1. Der Begriff der Beisetzungsstätte 23
2. Der beschimpfende Unfug 26
3. Die Beschädigung und Zerstörung 26

III. Das Strafmaß 28

IV. Der Schutz der Grabmitgaben 31

Anhang:

Der Schutz der künstlichen Ersatzteile eines Leichnams . 32

C. Schlußbemerkung 34

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Berlin-Leipzig 1926.

Binding: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Erster Band. 2. Aufl. Leipzig 1902. zit. Binding, Lb. I.

Blankenburg: Der Tatbestand des § 168 des Strafgesetzbuches. Greifswalder Diss. 1922.

Casper-Liman: Handbuch der gerichtl. Medizin. Berlin 1889.

Corpus iuris civilis. Bearb. von Mommsen-Krueger. Inst. u. Dig. Berlin 1908, Cod. Berlin 1915.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erster Band 7. Aufl. Jena 1922.

Cramer Karl: Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht. Züricher Diss. 1885.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band I. Tübingen-Leipzig 1900.

Crusen: Strafbare Handlungen an Gräbern und Leichen. Diss. Halle 1890. zit. Crusen (Diss.).

— Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät. In den Abhandl. des krim. Sem. 2. Band. Berlin 1890. zit. Crusen (Rechtsgut).

Dernburg: Pandekten. Bd. I. 2. Aufl. Berlin 1888. zit. Dernburg (Pand.).

— Bürgerliches Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904. zit. Dernburg (BGB.)

Dickel: Der Tatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht. Bonner Diss. 1877.

Dyroff: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz. 7. Aufl. Ansbach 1928.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band und 2. Band, 1. Abt. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band, 1. Abt. Marburg 1911.

Entscheidungen: a) des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes. zit. RGSt., s. a. Rechtsprechung.

b) Sammlung von E. des Bayer. Obersten Landesgerichts in Strafsachen. Herausgegeben unter Leitung und Aufsicht des Staatsministeriums der Justiz.

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

a) Vorentwurf (1909); zit. VE.

b) Entw. der Strafrechtskommission (1913); zit. KE.

c) Entw. der kleinen Kommission (1919); zit. E. 1919.

d) Amtlicher Entwurf von 1925; zit. AE. 1925.

e) Amtlicher Entwurf von 1927; zit. E. oder AE. 1927.

Ewald: Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Rostocker Diss. 1900.
Fischer: Die Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe nach dem Entw. zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1919. Bonner Diss. 1925 (Maschinenschrift).
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. Tübingen 1925.
Gareis: Das Recht am menschlichen Körper. In der Festgabe der Königsberger jur. Fakultät f. Schirmer. Königsberg 1900.
Hegemann: Der Leichnam im Rechtssystem. Erlanger Diss. 1912.
Heimendahl: Das Recht am Leichnam. Rostocker Diss. 1911.
Johnson: Die Leiche im Privatrecht. Heidelberger Diss. 1912.
Josef: Die Totenruhe der Aschenurnen. In der Leipz. Zeitschr. Jahrgang 1926, Sp. 106 ff.
Kahl: Religionsvergehen. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Bd. 3, S. 1 ff. Berlin 1906. zit. Kahl (VDB.).
— Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe. In der Festschrift für Brunner, S. 231 ff. München-Leipzig 1914. zit. Kahl (Festschrift).
Koch: Leichnam und Grab im Strafrecht (§ 168 RStGB.). Rostocker Diss. 1910.
Künne: Rechtsverhältnisse an den Bestandteilen einer Leiche und den ins Grab mitgegebenen Gegenständen. Göttinger Diss. 1925 (Maschinenschrift).
Leipziger Kommentar = Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925. zit. LK.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1921.
Löwe-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung. 17. Aufl. Berlin-Leipzig 1927. zit. Löwe.
Liszt v.-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berli-Leipzig 1927. zit. v. Liszt.
Merkel: Der Leichenraub. Leipziger Diss. 1904.
Meyer-Allfeld: s. Allfeld.
Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. In den strafrechtl. Abhandl. von v. Lilienthal. Heft 72. Breslau 1906.
Müller: Personenstandsgesetz. Nördlingen 1882.
Motive zu den Entwürfen 1909—1927. zit. für Motive zum Entwurf 1927: „Motive", im übrigen in Verbindung mit dem einschlägigen Entwurf.
Oertmann-Gareis: Bürgerliches Gesetzbuch. Erstes Buch. Allg. Teil. 2. Aufl. Berlin 1908. zit. Oertmann (BGB.).
Oertmann: Aneignung von Bestandteilen einer Leiche. In der Leipz. Zeitschr. Jahrgang 1925, Sp. 511 ff. zit. Oertmann in LZ. 1925.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901.
Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Band. 4. Aufl. Berlin 1913.
Rausnitz: Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie. In „Das Recht", Jahrgang 1903, S. 593 ff.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. zit. RGR. s. a. Entscheidungen.

Reichsgerichtsräte-Kommentar = Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1879.
Schreuer: Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte. In der Festgabe der Bonner jur. Fakultät f. Bergbohm, S. 242 ff. Bonn 1919.
Schwerin v.: Das Recht am Leichnam. In „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung", 1905, S. 653 ff.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1925.
Stege: Die Rechtsverhältnisse am menschlichen Leichnam. Marburger Diss. 1923. (Maschinenschrift.)
Steiner: Die Rechtslage der einer Leiche in das Grab mitgegebenen Sachen. Rostocker Diss. 1910.

A.

Rechthistorische Einleitung.

Von jeher bildete der tote menschliche Körper den Gegenstand besonderer Achtung der Ueberlebenden, wie ihm denn aus diesem Grunde auch die Rechtsordnungen aller Völker und Zeiten besonderen Schutz angedeihen ließen. Hieraus aber schließen zu wollen, der rechtliche Schutz des Leichnams müsse sich unschwer zurückverfolgen lassen, wäre verfehlt; denn einerseits war gerade den alten Völkern und Volksstämmen der Schutz der Leiche eine solche Selbstverständlichkeit, daß manche glaubten, besondere Strafvorschriften hierüber überhaupt nicht schaffen zu müssen; andererseits kannten zwar andere Völker ausdrückliche Rechtssätze hierüber, gaben ihnen aber keinen äußerlichen Ausdruck, da das alte Recht meist sehr rudimentär war und für eine schriftliche Niederlegung der Rechtssätze in früheren Zeiten auch bei weitem nicht das Bedürfnis bestand wie etwa heute. Immerhin finden sich nicht nur im modernen, sondern auch im älteren Recht Quellen über die hier zu behandelnde Materie. Im einzelnen ergibt die geschichtliche Entwicklung:

Schon das römische Recht bedrohte die Beschädigung und Zerstörung eines Grabes, sowie die Beraubung von Leichen mit Strafe, letztere sogar mit Todesstrafe; vgl. D. 47, 12 (de sepulchro violato), insbesonders l. 11, l. 3 § 7 u. C. 9, 19 (de sep. viol.). Daneben machte sich auch derjenige strafbar, der einen Leichnam der Beerdigung entzog (D. 48, 6 l. 5). Letztere Bestimmung dürfte aber ebenso wie die entsprechenden Vorschriften des geltenden Rechts und der Entwürfe[1]) nicht so sehr zum Schutze des Leichnams als vornehmlich zum Schutze öffentlicher Interessen gesundheitspolizeilicher Art geschaffen worden sein.

Auch in den germanischen Volksrechten werden Leichendelikte mit Strafe bedroht. So wird nach der Lex Salica

[1]) § 367 Ziff. 1, erste Alternative, RStGB., § 306 Ziff. 5 VE., § 416 KE., § 432 E. 1919, § 364 AE. 1925, § 397 AE. 1927.

(55,2) die Grabschändung und der Leichenraub mit Friedlosigkeit, nach der lex Ribuaria (85, 2) die Ausplünderung eines Leichnams mit Geldstrafe, möglicherweise verbunden mit Friedlosigkeit, belegt. Die lex Bajuvariorum (XVIII, 5) bestraft die Beschädigung oder Verstümmelung eines Leichnams mit Buße. Einen ähnlichen Schutz lassen die lex Alamannorum und die lex Frisionum dem Leichnam angedeihen.[2])

Die dem Gemeinen Rechte zeitlich vorangegangenen wichtigsten Rechtsbücher des Mittelalters, wie Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, Deutschenspiegel und das sog. Kleine Kaiserrecht, sowie die Bambergensis und die auf ihr fußende Carolina lassen nicht bestimmt erkennen, ob nach ihnen der Leichnam strafrechtlichen Schutz fand.

Eine dem römischen Rechte sehr ähnliche Stellung nimmt das Gemeine Rechte ein. Zwar ist bestritten, ob und inwieweit die römisch-rechtliche sepulchri violatio in das Gemeine Recht überging; beizupflichten dürfte aber Cramer[3]) sein, nach dessen Ansicht das Gemeine Recht das Verbrechen der sep. viol., soweit es den menschlichen Leichnam zum Gegenstande hat, unverändert ließ, in bezug auf den übrigen Tatbestand aber insoweit in Deutschland rezipiert wurde, als dasselbe beim Wegfall der römisch-rechtlichen Grundsätze vom locus religiosus noch praktisch sein konnte. Diese Ansicht findet eine Stütze bei Dernburg,[4]) nach dessen Ausführungen das corpus iuris civilis nicht auf Grund Gesetzes, sondern auf Grund Gewohnheitsrechtes Geltung in Deutschland erlangt habe, in die deutsche Gewohnheit aber nur jene Rechtssätze übergegangen seien, die Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung hatten.

Bringen sohin die genannten Rechtsquellen zum Teil einen strafrechtlichen Schutz des Leichnams zum Ausdruck, so lassen sie doch genügend Raum für Vermutungen, unter welchem Gesichtspunkte sie diesen Schutz gewährten. Es kann aber in Hinsicht auf die damalige Verquickung von Religion und Staatswesen, zum mindesten aber in Hinsicht auf den starken Einfluß der ersteren auf das letztere, unbedenklich angenommen werden, daß hauptsächlich religiöse Momente den Grund zur Erlassung solcher Bestimmungen bildeten. Eine auch in der Gesetzgebung zum Ausdruck gelangende Aenderung: dieser Auffassung trat gegen Ende des 18. Jahrhunderts ein, um schon nach wenigen Jahrzehnten wieder einer sich der altrechtlichen Ansicht stark nähernden Auffassung Platz zu machen:

---

[2]) Vergl. für die hier angeführten und sonstigen Volksrechte, sowie für das alte Recht überhaupt, Merkel, S. 8—12, 25—28; Steiner, S. 2—18; Hegemann, S. 2—9.

[3]) Cramer, S. 50.

[4]) Dernburg, Pand., S. 8.

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 behandelt erstmals den Leichen- und Gräberfrevel als Sachdelikt, indem es strafbare Handlungen dieser Art in den „von Entwendungen" handelnden 14. Abschnitt des 20. Titels einreiht. Ihm folgten die verschiedenen anderen deutschen Partikulargesetze.[5]) Eine gleiche Stellung nehmen die Entwürfe zu einem preußischen Strafgesetzbuch bis zum Jahre 1846 ein.

Hingegen führt der preußische Strafgesetzbuchentwurf von 1846 in seinem 6. Titel die Wegnahme von Leichen und Sachen aus Gräbern, sowie die hier erstmals auftretende Verübung beschimpfenden Unfugs an einem Grabe unter den Religionsdelikten auf. Ihm folgte das preußische Strafgesetzbuch von 1851 im 10. Titel („Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen") in § 137. Endlich bestimmt das geltende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 unter der gleichen Ueberschrift seines 11. Abschnittes in § 168:

> „Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt oder wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden";

und bestraft die Wegnahme von Leichenteilen im 29. Abschnitt nur mehr als Uebertretung, indem es in § 367 Ziff. 1 bestimmt:

> „Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Reichsmark oder mit Haft wird bestraft, wer ... unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt."

Der Entwurf von 1927 endlich bestimmt in starker Anlehnung an die früheren Entwürfe in seinem 10. Abschnitt („Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe") in § 183:

> „Wer einen Leichnam oder Teile eines Leichnams oder die Asche eines Verstorbenen aus dem Gewahrsam des Berechtigten wegnimmt, oder wer daran oder an einer Beisetzungsstätte beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bestraft."

[5]) So Württemberg (1839), Art. 391; Braunschweig (1840), § 219; Hannover (1840), Art. 290; Baden (1845), §§ 571, 578, 579; Sachsen (1855 und 1868), Art. 331; Bayern (1861), § 250; im übrigen vergl. Crusen (Rechtsgut), S. 13 ff., und Kahl, VDB., Bd. 3, S. 62.

B.

Das Recht nach dem Entwurf 1927, verglichen mit dem geltenden Recht.

Schon eine rein oberflächliche vergleichende Betrachtung des § 183 des Entwurfs mit den geltenden §§ 168, 367 Ziff. 1 des Reichsstrafgesetzbuches läßt erkennen, daß der Entwurf gegenüber dem geltenden Rechte manche Aenderungen vorsieht. Die Frage, ob diese vorgesehenen Aenderungen nur redaktioneller oder auch inhaltlicher Natur sind, welche praktische Bedeutung ihnen zukommt, ob sie zweckmäßig und ausreichend sind, soll Gegenstand der folgenden Ausführungen sein.

I. Der Schutz des Leichnams und der Asche selbst.

1. Die Begriffe „Leichnam" und „Asche".

Der Entwurf selbst gibt ebensowenig wie das geltende Strafgesetzbuch und die bisherigen Entwürfe eine Definition der beiden Begriffe. Er nimmt hiezu weder bei der speziellen Vorschrift des § 183 noch bei der allgemeinen des § 9 Anlaß. Dies erscheint dadurch erklärlich, daß einerseits, wie noch zu zeigen sein wird, eine kurze, erschöpfende Definition des „Leichnams" kaum möglich ist, andererseits § 9 nur solche Begriffe bestimmt, die im Entwurf mehrmals auftauchen. Es soll daher zunächst untersucht werden, was unter „Leichnam" zu verstehen ist.

a) Der Entwurf kennt nicht mehr, wie das geltende Strafgesetzbuch, den Ausdruck „Leiche". Diese Aenderung hat ihren Grund wohl vornehmlich in der nach dem Entwurf vorgesehenen Zusammenfassung des § 168 und § 367 Ziff. 1 zweite Alternative RStGB. Durch diese Zusammenfassung ist aber auch zugleich der bisher in der Literatur herrschende Streit, ob den Ausdrücken „Leiche" und „Leichnam" eine verschiedenartige Bedeutung zukommt, praktisch gegenstandslos geworden. Die weitaus herrschende Meinung nimmt übrigens zutreffend an, daß das Wort „Leiche" sowohl für den toten

Menschen wie für den toten Tierleib, das Wort „Leichnam" dagegen nur für einen toten Menschenleib gebraucht wird. Die Begründung zum Vorentwurf (S. 519) bekennt sich ausdrücklich zu dieser Auffassung.[1]) Schon nach dem Sprachgebrauch kann also Gegenstand des rechtlichen Schutzes der obengenannten Bestimmungen nur der tote menschliche Körper sein; weiter ergibt sich dies aber auch aus der systematischen Stellung des § 168 RStGB. und § 183 E.

Auch die Rechtsprechung hat, wohl mit Absicht, bisher den Versuch nicht unternommen, eine Definition für „Leichnam" oder „Leiche" aufzustellen, beschränkte sich vielmehr jeweils auf eine Entscheidung ad hoc. Anders die Literatur. Verschiedene Schriftsteller haben eine Definition zu geben versucht, so vor allem v. Schwerin.[2]) Nach ihm ist Leichnam „der leblose menschliche Körper bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder eine diesem gleichzustellende Vernichtungsart, insbesondere Verbrennung aufgehoben ist, desgleichen der wissenschaftlich zerlegte leblose menschliche Körper, solange die Absicht einer gemeinsamen Bestattung der einzelnen Teile in der herkömmlichen Beerdigungsweise besteht, endlich der nicht zu wissenschaftlichen Zwecken dauernd der Vernichtung entzogene, künstlich präparierte leblose menschliche Körper." Diese Definition wird u. a. auch von Heimendahl, Hegemann und Stege[3]) übernommen; auch der Leipziger Kommentar[4]) scheint sie als Grundlage benützt zu haben. Nach Binding[5]) ist der Leichnam „die entseelte Hülle eines Menschen", der gelebt hat.[6]) v. Liszt wiederum bezeichnet als Leichnam „die entseelte Hülle eines Menschen, solange der Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen nicht vollständig gelöst ist". Aehnlich Frank,[8]) der aber abweichend von ihm von einem „leblosen menschlichen Körper" spricht.

Die kritische Betrachtung der genannten wichtigsten Definitionen ergibt nun: Der Definition v. Schwerins haftet zunächst der Mangel zu großer Länge an; diesen Mangel mag v. Schwerin auch selbst gefühlt haben, wenn er das Wort „endlich" — allerdings wohl nicht im absolut zeitlichen Sinne — gebraucht. Die „Definition" von Schwerins stellt sich aber

---

[1]) Vgl. auch § 1 der bayer. oberpolizeilichen Vorschriften über die Leichenschau und die Zeit der Beerdigung, vom 20. Nov. 1885 (GVBl. S. 655), der ausdrücklich von „menschlichen Leichen" spricht.
[2]) v. Schwerin, S. 658.
[3]) Heimendahl, S. 20; Hegemann, S. 25; Stege, S. 11.
[4]) LK., § 168, N. 2.
[5]) Binding, Lb. I, § 45, N. I.
[6]) So auch Merkel, S. 3.
[7]) v. Liszt, § 118, N. V, 1.
[8]) Frank, § 168, N. 1.

überhaupt nicht als Definition i. e. S. dar; denn statt, wie dies von wirklichen Definitionen gefordert werden muß, eine allgemeine Begriffsbestimmung zu geben, verfällt v. Schwerin in den Fehler des Eingehens auf spezielle Verhältnisse. Würde allerdings v. Schwerin hiervon abgesehen haben — wie es die übrigen Schriftsteller meist tun —, so wäre seine „Definition", auch wenn man den weiteren Mangel der eine verschiedene Deutung zulassenden Ausdrucksweise „oder eine gleichzustellende Vernichtungsart" nicht in Betracht zieht, wie die sämtlichen anderen „Definitionen" nicht erschöpfend oder würde doch zum mindesten rechtliche Schlüsse bei Entscheidung einzelner Fragen zulassen, die nicht haltbar und von den Autoren selbst zum Teil auch nicht gewollt sind.

Aus dem Dargelegten folgt, daß es unmöglich ist, eine erschöpfende, wirklich brauchbare Definition für den Begriff des „Leichnams" aufzustellen.[9]) Mit Recht enthält sich daher Olshausen des Versuchs, eine Definition zu geben, beschränkt sich vielmehr darauf, einzelne Erfordernisse für die Leichnamsqualität aufzustellen. Deren nennt Olshausen[10]) zwei:

1. es muß sich (bereits) um einen toten Menschenleib handeln;
2. es muß (noch) ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Körperteilen bestehen.

Bevor aus der unter 1. genannten Voraussetzung Schlüsse gezogen werden können, gilt es zunächst festzustellen, von wann ab man von einem Menschen im Sinne des Strafgesetzbuches reden kann. Es erscheint naheliegend, hiefür § 1 BGB. heranzuziehen, wonach die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnt. Tatsächlich wurde denn auch dieser Versuch unternommen.[11]) Allein, wie schon Merkel[12]) zutreffend ausführt, können trotz mannigfacher Verbundenheit von Zivil- und Strafrecht die Grundsätze des Zivilrechts hier nicht maßgebend sein, da im Zivilrecht der Mensch fast ausschließlich als Rechtssubjekt, nicht als Rechtsobjekt in Betracht kommt, während im Strafrecht schon der sich entwickelnde Mensch Angriffsobjekt ist, wie ein Blick auf §§ 217, 218 RStGB., §§ 252, 253 E. zeigt.[13]) Hieraus folgert Koch[14]) mit Recht, daß im Sinne des Strafgesetzes schon während des Geburtsaktes ein lebender Mensch vorhanden, ein Leben außerhalb des Mutterleibes also nicht erforderlich ist.

---

[9]) So auch Johnson, S. 82; Stege, S. 12.
[10]) Olshausen, § 168, N. 2 b und c.
[11]) So z. B. von Heimendahl, S. 20.
[12]) Merkel, S. 4.
[13]) Vgl. auch Olshausen, § 211, N. 1.
[14]) Koch, S. 17.

Kann sohin grundsätzlich auch eine Totgeburt schon „Leichnam" sein, so ist dies dennoch nicht jede Totgeburt, vielmehr nur das zur Lebensfähigkeit entwickelte Kind, d. h. eine Frucht, welche den Grad von Reife erlangt hat, der sie zum Leben außerhalb des Mutterleibes befähigte, sei es auch nur auf kurze Zeit.[15]) [16]) Zutreffend wird diese Ansicht auch auf § 23 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 gestützt, der nicht, wie Heimendahl [17]) fälschlich annimmt, nur einen statistischen Zweck hat, sondern auch für die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Abtreibung von Bedeutung sein kann.

Aus dem Dargelegten ergibt sich von selbst, daß der bloße Fötus die Eigenschaft eines Leichnams nicht haben kann; dies ist denn auch nirgends bestritten. Endlich für die Leichnamsqualität einer Mißgeburt[18]) besondere Gegensätze aufzustellen, besteht für uns keine Veranlassung. Kommt ein solches Wesen lebend zur Welt, so versteht sich ohne weiteres, daß sein toter Körper als Leichnam anzusehen ist. Handelt es sich aber um eine Totgeburt, so ist auch hier nicht einzusehen, warum körperlichen Bildungsfehlern eine Bedeutung zugemessen werden soll; denn einerseits ist doch sicher, daß der vorhandene Reifegrad der Frucht durch diese Fehler nicht oder nicht mehr beeinflußt wird, andererseits kann aber wohl selbst der Mediziner die Möglichkeit des Fortlebens von Mißgeburten nicht leugnen, auch nicht in konkreten Fällen. Man denke nur, um den krassesten Fall herauszugreifen, an die siamesischen Zwillinge, die sogar ein Alter von 63 Jahren erreichten! Unsere Auffassung von der Möglichkeit der Leichnamsqualität einer Mißgeburt wird dann auch, allerdings teilweise ohne Begründung, von der Mehrzahl der sich mit den Mißgeburten überhaupt befassenden Schriftsteller vertreten.[19])

Bemerkt sei noch, daß die oben entwickelten Ergebnisse auch der Volksanschauung ensprechen; nach dieser wird das totgeborene entwickelte Kind unterschiedslos von anderen

---

[15]) So Bayer. ObLG.Str., Bd. 19, S. 205 mit der h. M.

[16]) Gleichfalls auf die Entwicklung des Kindes stellen es ab Müller, S. 44, Fußnote („ein Kind, das nach 6monatlicher Schwangerschaft geboren ist") und die zit. bayer. oberpol. Vorschriften vom 20. 11. 1885, die in § 1 Abs. II die Leichen neugeborener Kinder nur dann dem Zwang der Leichenschau unterstellen, wenn die Frucht nach zurückgelegtem siebten Monate der Schwangerschaft von der Mutter getrennt wurde.

[17]) Heimendahl, S. 21 (der dort zit. § 25 ist offensichtlich Druckfehler!).

[18]) Vgl. hiezu Casper-Liman, S. 10 ff.

[19]) So Olshausen, § 168, N. 2 b; Crusen (Diss.), S. 15; Merkel, S. 4; Koch, S. 19; Blankenburg, S. 36; Hegemann, S. 26.

Kindesleichen beerdigt, der ausgestoßene unentwickelte Fötus aber weggeworfen oder verscharrt.

Ergibt sich sohin aus der unter 1. genannten Voraussetzung der Beginn der Leichnamsqualität, so gilt es nunmehr deren Ende aus der unter 2. genannten Voraussetzung zu folgern.

Aeußerst bestritten ist die Frage, ob eine Mumie, bei der doch der Zusammenhang der Körperteile nur künstlich aufrechterhalten ist, noch als Leichnam angesehen werden kann. Die Frage wird unbedingt bejaht von Ebermayer und v. Liszt,[20]) unbedingt verneint von Cramer, Rausnitz, Johnson,[21]) grundsätzlich verneint von v. Schwerin und mit ihm von Crusen, Merkel, Heimendahl, Hegemann.[22]) Das Richtige treffen wohl Olshausen und mit ihm Allfeld und Koch,[23]) wenn sie rein begrifflich die Mumie als Leichnam ansehen, ihr aber den strafrechtlichen Schutz des § 168 RStGB. nur dann zubilligen, wenn sie noch Gegenstand des Pietätsgefühles ist. Dieser Auffassung ist auch für § 183 E. beizupflichten; denn einerseits hat sich am Begriff des Leichnams nichts geändert, andererseits bildet auch in § 183 E. den Gegenstand des rechtlichen Schutzes die Totenruhe und das sich an sie knüpfende Pietätsgefühl, wie unten noch näher darzulegen sein wird. Daher kommt den Mumien deutscher Herrscher und katholischer Heiliger nach wie vor strafrechtlicher Schutz zu. Hingegen genießen Moorleichen schon mangels eines sie umgebenden Pietätsgefühles keinen strafrechtlichen Schutz.

Ziemlich übereinstimmende Ansicht ist es, daß das Fehlen einzelner Glieder des Körpers nicht hindert, von einem Leichnam zu sprechen.[24]) Allerdings ist dabei mit Kahl[25]) zu fordern, daß die Einheit der menschlichen Gestalt für die sinnliche Anschauung noch nicht aufgelöst ist. Wann dies der Fall ist, kann nur Tatfrage sein; jedenfalls wird ein völlig zerstückelter Körper nicht mehr als Leichnam anzusehen sein, sondern hier nur mehr von Teilen eines Leichnams gesprochen werden können.[26])

Gleichfalls nur als Leichenteil ist das nach der Verwesung des Leichnams noch verbleibende Gerippe anzusehen; denn

[20]) Ebermayer in LK. § 168, N. 2, v. Liszt, § 118, N.V. 1.

[21]) Cramer, S. 20, Rausnitz, S. 593, Johnson, S. 80.

[22]) v. Schwerin, S. 658, 659; Crusen (Diss.), S. 23; Merkel, S. 7; Heimendahl, S. 22; Hegemann, S. 26.

[23]) Olshausen, § 168, N. 2c, d; Allfeld, § 113, N. III; Koch, S. 21, 23.

[24]) So Olshausen, § 168, N. 3; LK. § 168, N. 2; Frank, § 168, N. I; Crusen (Diss.), S. 25; Merkel, S. 7.

[25]) Kahl (VDB.), Bd. 3, S. 63; ebenso LK. § 168, N. 2; ähnlich Merkel (S. 7) und Koch (S. 22), sowie Crusen Diss. (S. 25). Nach Johnson (S. 80) genügt das Vorhandensein des Rumpfes.

[26]) a. M. Johnson (S. 80): für den Fall, daß die erhaltenen Reste noch zur Beerdigung bestimmt sind, liege eine Leiche vor.

bei ihm liegt der vorher durch die Bänder und Sehnen vermittelte Zusammenhang der einzelnen Glieder nicht mehr vor.[27]) Auch das präparierte Skelett ist Leichenteil, dies allerdings nur begrifflich,[28]) nicht auch im Sinne des § 168 RStGB., § 183 E., weil dieses von einem Pietätsgefühl nicht mehr umgeben ist.[29])

Der Unterscheidung zwischen einem Leichnam und Teilen eines solchen kommt jedoch nach dem Entwurf nur mehr eine geringe Bedeutung zu; denn dadurch, daß der Entwurf den Leichnam wie dessen Teile durch die gleiche Strafvorschrift schützt, kann bei dem nunmehr einheitlichen Strafrahmen die Verschiedenheit eine Rolle nur mehr bei der Strafbemessung spielen, wobei die prozessuale Frage, ob eine alternative Feststellung im Urteil zulässig ist, als außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegend dahingestellt bleiben kann.

Abschließend sei noch bemerkt, daß nach den obigen Ausführungen gleichgültig ist, ob eine Bestattung erst erfolgen soll oder schon vorgenommen ist. Eine Modifikation ergibt sich allerdings in den Fällen der Feuerbestattung. Die Unterscheidung jedoch, die Rubo und Cramer[30]) machen, wird als nicht nur dem Sprachgebrauch widersprechend, sondern auch als innerlich nicht begründet und zu unhaltbaren Ergebnissen führend in der Literatur einhellig abgelehnt.

b) Eine wesentliche Neuerung gegenüber dem geltenden Rechte bedeutet der rechtliche Schutz der Asche eines Verstorbenen. Durch die Verbrennung des menschlichen Körpers wird jeglicher organische Zusammenhang zwischen dessen Teilen gelöst, ja diese selbst werden derart zerstört, daß von einem Leichnam oder Teilen eines solchen nicht mehr die Rede sein kann; dies ist denn auch allgemeine Meinung.[31]) Um nun dennoch der menschlichen Asche den gleichen Schutz wie dem Leichnam zu gewähren, hat der Entwurf 1927 (wie schon dessen Vorgänger)[32]) sie bei der den Leichnam schützenden Vorschrift miterwähnt.[33])

---

[27]) Aehnlich Olshausen, § 168, N. 2c; Crusen (Diss.), S. 25; Merkel, S. 6.

[28]) So auch Koch, S. 21.

[29]) Ebenso, wenigstens im Ergebnis: Olshausen, § 168, N. 2d; LK. § 168, N. 2; Crusen (Diss.) S. 23; Blankenburg, S. 39; Koch, S. 23; Johnson, S. 79, 80; Fischer, S. 108.

[30]) Rubo, § 168, N. 1 („Leiche" bezeichne einen entseelten Körper, dessen Bestattung zur Erde noch erfolgen soll, andernfalls liege ein „Leichnam" vor) und Cramer, S. 20 (dieser gerade umgekehrt: „Leichnam" sei die entseelte Hülle eines Menschen, solange sie noch nicht bestattet sei, womit jedoch nicht gesagt sei, daß der wieder ausgegrabene Tote nicht wieder Leichnam werde).

[31]) So bes. Olshausen, § 168, N. 2c; LK. § 168, N. 2; Frank, § 168, N. I; v. Liszt, § 118, N. V. 1.

[32]) VE. § 158; KE. § 225; E. 1919, § 218; AE. 1925, § 170.

[33]) Ueber die Notwendigkeit dieses Schutzes s. u.

Was versteht man nun unter Asche? Man kann sie wohl kurz als „die bei der Feuerbestattung übrig bleibenden Reste" bezeichnen. Ueberflüssig ist es, das Wort „menschlich" in die Begriffsbestimmung aufzunehmen,[34]) denn daß es sich um die Ueberreste eines Menschen handeln muß, ergibt sich schon aus dem Wort Feuerbestattung der Definition, sowie ferner aus der Ausdrucksweise des § 183 E. selbst („Asche eines Verstorbenen"). Auch erscheint es gegenüber Olshausens Definition sprachlich richtiger, nicht von übrigbleibenden Ueberresten zu sprechen.

Zweifel könnten bestehen, ob die bei der Feuerbestattung etwa nicht völlig zerfallenen Knochen nicht noch als Teile eines Leichnams anzusehen sind. Dies kann nicht angenommen werden; denn durch den Verbrennungsprozeß werden die Knochen derart zerstört und ihrer vorher vorhandenen Festigkeit beraubt, daß günstigsten Falles nur noch von größeren Aschenstücken, also immerhin nur von Asche die Rede sein kann. Im übrigen hat die Frage bei der rechtlichen Gleichstellung von Asche und Teilen eines Leichnams höchstens bei der Feststellung im richterlichen Urteil praktische Bedeutung.

2. Die Wegnahme.

Die Wegnahme eines Leichnams oder von Teilen eines solchen [1]) findet als strafbare Handlung ausdrückliche Erwähnung im geltenden Strafgesetzbuche nur bei §§ 168, 367 Ziff. 1, im Entwurf 1927 nur in § 183, also nicht bei den Eigentumsdelikten. Hieraus aber schließen zu wollen, daß Leichnam und Asche nicht auch Gegenstand eines Eigentumsdeliktes, insbesonders des Diebstahls, der Unterschlagung und des Raubes sein könne, wäre verfehlt; denn die dem Schutze des Eigentums dienenden Bestimmungen sind allgemein gehalten, d. h. in ihnen sind nicht die einzelnen geschützten Gegenstände aufgezählt. Es soll daher zunächst im folgenden untersucht werden, ob Leichnam und Asche Gegenstand von Eigentumsdelikten sein können.

a) Diebstahl (§ 242 RStGB., § 328 E), Raub (§ 249 RStGB., § 338 E.), Unterschlagung (§ 246 RStGB., § 333 E) und unberechtigte Aneignung (§ 334 E.) setzen die Wegnahme bezw. (§ 246 RStGB., §§ 333, 334 E.) die Aneignung einer fremden beweglichen Sache voraus. Sind nun diese Voraussetzungen beim Leichnam und bei der Asche gegeben?

[34]) So aber Olshausen, § 168, N. 2 c.

[1]) Von Teilen eines Leichnams soll im folgenden, soweit nicht besonders veranlaßt, keine bes. Erwähnung mehr getan werden, weil ihnen im Entwurf die gleiche rechtliche Behandlung wie dem ganzen Leichnam widerfährt.

α) Die Frage, ob der Leichnam S a c h e ist, wird in den meisten strafrechtlichen Abhandlungen bejahend entschieden, dies jedoch fast stets unter Berufung auf die herrschende Zivilrechtslehre. Dies erscheint verfehlt; denn der Sachbegriff des Strafrechts ist kein vom Sachbegriff des Zivilrechts abhängiger, vielmehr ein selbständiger.[2]) Im Sinne des Strafrechtes ist nun „Sache" ein körperlicher Gegenstand,[3]) also eine raumfüllende Materie der Außenwelt. Daß aber der Leichnam, selbst dessen letzte Reste (Gerippe, Asche) eine solche sind, steht wohl außer Zweifel.

β) Leichnam und Asche sind aber auch speziell eine b e w e g l i c h e Sache. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sie dies auch im zivilrechtlichen Sinne sind; denn nach der herrschenden Meinung genügt für die Beweglichkeit im Sinne der genannten strafrechtlichen Bestimmungen die natürliche Beweglichkeit, die tatsächliche Bewegbarkeit.[4])

γ)) Schwierigkeiten macht hingegen die Entscheidung der Frage, ob der Leichnam auch eine f r e m d e Sache sein kann. Die Fremdheit einer Sache setzt voraus, daß diese überhaupt in jemands Eigentum stehen kann. Für die Frage des Eigentums haben ausschließlich das bürgerliche Recht und das öffentliche Recht Maß zu geben.[5]) Wenn nun auch das geltende bürgerliche Recht den römischrechtlichen Begriff der res extra commercium nicht mehr kennt, so ist doch auch heute Eigentum nur an jenen Sachen möglich, die Gegenstand des Verkehrs geworden sind. Es steht nur außer Zweifel, daß Leichen im allgemeinen der Bestattung (Erd- oder Feuerbestattung) zugeführt zu werden, also nicht in Verkehr zu kommen pflegen. Ausnahmsweise kommen aber auch Leichen in Verkehr, so insbesonders wenn sie an Anatomien übereignet werden, sei es durch Rechtsgeschäft[6]) oder (wenigstens dem Grundsatze nach) kraft Gesetzes.[7]) Die Verkehrs- und Eigentumsfähigkeit wird denn auch wenigstens bezüglich solcher

---

[2]) Vgl. RGSt. Bd. 29, S. 111, Bd. 32, S. 178.

[3]) So zit. RGSt.; ferner Motive, S. 164; allerdings auch BGB. § 90.

[4]) So Olshausen, § 242, N. 4, § 246, N. 2; LK. Vorbem. I 2 zu §§ 242—252 u. das dort zit. RGSt., Bd. 29, S. 113; Frank, § 242, N. II.

[5]) Vgl. Olshausen, § 242, N. 5; LK. Vorbem. II 3 zu §§ 242—252 und die dort zit. Rechtsprechung; Frank, § 242, N. III.

[6]) Die Möglichkeit, solche Verfügungen wenigstens unentgeltlich zu treffen, wird heute dem Erblasser fast allgemein zuerkannt, so von RGR.-Komm., § 1 Anm. 2; Staudinger, § 90, N. 3 a, Planck-Strohal, Vorbem. 2 a vor § 90; Crome, § 68; Oertmann (BGB.) Vorbem. 6 e γ zu §§ 90 ff.; Enneccerus, § 114, N. I 1; Dernburg (BGB.) Bd. 3 § 1 N. 5; Endemann, Bd. 2, § 4, N. 5 und Bd. 1 § 103 a N. 3; v. Schwerin, S. 658; Gareis, S. 36; a. M. Lindemann-Soergel, Vorbem. vor § 90.

[7]) So das sächs. Anatomiegesetz vom 5. 10. 1912; vgl. Stege, S. 74.

Leichen von der herrschenden Zivil-[8]) und Strafrechtslehre[9]) angenommen.

Hingegen wird zur Frage der Verkehrs- und Eigentumsfähigkeit der Asche eines Verstorbenen nur vereinzelt Stellung genommen. Dies erscheint kaum begreiflich, wenn man bedenkt, daß die Hinterbliebenen des Feuerbestatteten oder ein Museum ein großes Interesse daran haben können, die Asche zu Eigentum zu besitzen. Oertmann[10]) verneint die Verkehrsfähigkeit der Aschenurne, bejaht aber, wie auch Josef,[11]) die Eigentumsfähigkeit der Asche. Lobe und Olshausen[12]) nehmen zwar gleichfalls eine Eigentumsfähigkeit der Asche an, geben aber keine Begründung dafür. Eine solche ist wohl in folgendem gegeben:

Das Reich hatte schon nach der Reichsverfassung von 1871 (Art. 4 Ziff. 15) und hat auch nach der Reichsverfassung von 1919 (Art. 10 Ziff. 5) die Möglichkeit, eine Bestattung der Leichen zu gebieten und die Aushändigung der Asche zu verbieten, ließ aber bis heute diese Bestimmungen unausgenützt. Daher machten sämtliche deutsche Bundesstaaten von der ihnen verbliebenen Möglichkeit, eine Bestattung der Leichen vorzuschreiben, Gebrauch,[13]) wenngleich sie diesen Grundsatz zugunsten von Anatomien und Feuerbestattungsanstalten, die aber immerhin eine Leichenvernichtung vornehmen, durchbrachen. Hingegen ist die Aushändigung der Asche zwar in den beiden größten deutschen Ländern verboten, die Beisetzung der Asche dort sogar ausdrücklich vorgeschrieben.[14])

[8]) Vgl RGR.-Komm. § 90, Anm. 1 und § 1 Anm. 2; Staudinger, § 90 Anm. 3 a; Cosack, § 57, N. II, 1 b β und Beispiel III zu II 1 b, Planck-Strohal, a. a. O.; Crome, a. a. O.; sowie Oertmann, a. a. O., und in LZ. 1925, Sp. 513, der allerdings im Gegensatz zur h. M. allgemein Eigentum der Erben annimmt; a. M. jene, welche schon die Sacheigenschaft des Leichnams leugnen, z. B. Rausnitz, S. 593 ff.

[9]) Vgl. Olshausen, 242, N. 7 und die dort Zitierten; ferner die dort nicht zit. LK., Vorbem. II 3 a vor §§ 242—252; Allfeld, § 94, N. II; Binding 1 b, Bd. 1, S. 185; a. M. Merkel, S. 22.

[10]) Oertman (BGB.) Vorbem. 6 e γ) ββ) zu §§ 90 ff.

[11]) Josef in LZ. 1926, Sp. 106.

[12]) Lobe in LK., Vorbem. II 3 a zu §§ 242—252; Olshausen, § 242, N. 7.

[13]) So Bayern in § 10 der zit. oberpol. Vorschr. v. 20. 11. 1885 i. d. F. der Bek. v. 16. 7. 1927 (GVBl, S. 270), wonach Leichen in der Regel nicht später als 72 Stunden, ausnahmsweise nicht später als 84 Stunden nach Eintritt des Todes beerdigt werden dürfen.

[14]) § 6 der bayer. oberpol. Vorschr. v. 11. 3. 1920 über die Feuerbestattung und Ziff. 6 der Bek. hierzu vom gleichen Tage (Zweck der Vorschrift ist Hintanhaltung pietätswidriger Verfügungen und angeblich Gewährleistung einer ev. Nachprüfung im Interesse der Strafrechtspflege); § 6 des preuß. Feuerbestattungsgesetzes v. 14. 9. 1911 (Ges.-Sammlg., S. 193).

in anderen deutschen Ländern[15]) ist jedoch die Aushändigung der Asche erlaubt.[16])

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß sowohl Leichnam wie Asche verkehrs- und eigentumsfähig sein können, mithin der dem Eigentum überhaupt gewährte Schutz auch ihnen zukommen kann.

b) Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß Leichnam und Asche infolge der ihnen nur ausnahmsweise anhaftenden Eigentumsfähigkeit nur in den seltensten Fällen vor Wegnahme rechtlich geschützt wären, bestünde nicht auch noch eine andere Bestimmung zu ihrem Schutze; diesen gewähren dem Leichnam und dessen Teilen eben die §§ 168, 367 Ziff. 1 RStGB., § 183 E.

Letztere Bestimmung schützt aber auch die menschliche Asche. Die rechtliche Notwendigkeit solchen Schutzes ergibt sich aus dem oben Dargelegten, seine praktische Notwendigkeit aber hat sich bei der seit dem Inkrafttreten des geltenden Strafgesetzbuches, insbesonders in den letzten Jahrzehnten immer gebräuchlicher werdenden Feuerbestattung als so dringend erwiesen, daß sämtliche Entwürfe der Asche den gleichen rechtlichen Schutz wie dem Leichnam angedeihen lassen.

Unter welchem Gesichtspunkte schützt nun der Entwurf den Leichnam und die Asche? § 183 E. steht in dem von der „Störung des religiösen Friedens und der Totenruhe" handelnden 10. Abschnitt. Aus dieser Ueberschrift den Schluß ziehen zu wollen, daß bei Zuwiderhandlungen gegen § 183 E. auch der religiöse Friede gestört sein müsse, wäre gekünstelt. Für eine solche Annahme bietet schon der Wortlaut der Bestimmungen keinen Anhaltspunkt, sie widerspräche aber auch der Begründung des Entwurfs, die in ihrem allgemeinen Teil zum 10. Abschnitt (S. 92) und im besonderen bei § 182 (S. 93) ausdrücklich Bestattungsfeiern auch dann strafrechtlichen Schutz gewährt, wenn sie keinen religiösen Charakter tragen, und bei § 183 (S. 93) nur von der Störung der Totenruhe spricht. So sagt auch Kahl,[17]) durch die jetzige Ueberschrift sei richtig zum Ausdruck gebracht, daß Leichen- und Grabdelikte an und für sich Religionsvergehen nicht sind, und führt dafür mit Recht an, daß auch der Wille des Täters sich niemals gegen ein von ihm selbst als solches vorausgesetztes und eingeschätztes Objekt von irgendwelchem religiösen Inhalt

[15]) So z. B. in Württemberg; für Baden und Hessen vgl. Josef in LZ. 1926, Sp. 107.

[16]) Letzteres erklärt sich daraus, daß bei der Asche — im Gegensatz zum Leichnam — gesundheitspolizeiliche Interessen nicht mehr zu wahren sind.

[17]) Kahl (Festschrift) S. 232.

richte. Leichnam und Asche werden also in § 183 E. nur unter dem Gesichtspunkte der Totenruhe geschützt.

Allein dieser Schutz ist nicht um des Leichnams und der Asche selbst willen gegeben, da diese ja infolge mangelnder Persönlichkeit eines Schutzes nicht mehr bedürfen, wie sie denn auch wegen dieses Mangels an Persönlichkeit nicht mehr strafrechtlich zu schützendes S u b j e k t, sondern nur O b j e k t der strafbaren Handlung sein können und sind. Das Motiv für den dennoch gewährten Schutz liegt vielmehr in der mit der Störung der Totenruhe verbundenen Verletzung des Pietätsgefühles der Ueberlebenden. Dieses ist keine Unterart des religiösen Gefühls,[18]) steht vielmehr zu ihm in einem nur sehr losen Zusammenhang[19]); dennoch ist es eines Schutzes würdig. Die Begründung zum Entwurf (S. 92) widmet diesem Pietätsgefühle selten warme Worte, wenn sie ausführt: „Die sterblichen Ueberreste eines Menschen als geheiligt und die Stätte, wo ein Mensch zur letzten Ruhe gebettet ist, als geweiht anzusehen, ist Gemeingut unseres Volkes; in der Ehrfurcht und der Treue, die es den Verstorbenen erweist, offenbaren sich die besten Züge seines Wesens."

Daß Totenruhe und Pietätsgefühl der Ueberlebenden schon im geltenden Rechte durch § 168 RStGB. geschützt sein sollen, ist herrschende Meinung.[20]) Ebenso besteht aber auch Uebereinstimmung darüber, daß ein diesbezüglicher Wille des Gesetzgebers durch die Einreihung des Leichen- und Grabfrevels unter die Delikte des 11. Abschnittes („Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen") einen recht wenig glücklichen Ausdruck gefunden hat. Es sei daher noch kurz auf die Versuche der Entwürfe eingegangen, für die eigentlichen Religionsdelikte und die Leichen- und Grabdelikte einen besseren gemeinsamen Titel zu finden, als er ihnen im geltenden Strafgesetzbuche zuteil geworden ist:

Der Vorentwurf, der von einer Verwandtschaft des Pietätsgefühles mit dem religiösen Gefühle ausgeht,[21]) wählt als Ueberschrift[22]) „Vergehen in bezug auf die Ausübung der Religion". Diese Ueberschrift ist für die Leichen- und Grabdelikte noch unpassender als die derzeitige; denn wo in aller Welt haben diese Vergehen Bezug auf die A u s ü b u n g der Religion? Der Gegenentwurf weicht von der historischen Be-

---

[18]) A. M. v. Liszt, § 118, N. V; Merkel, S. 31.

[19]) Vgl. hierzu insbes. Kahl (VDB.) Bd. 3, S. 97 und Festschrift, S. 232, 233.

[20]) Für die Rechtsprechung vgl. RGSt., Bd. 12, S. 168, Bd. 39, S. 155, Bd. 42, S. 145.

[21]) So Motive z. VE., S. 509.

[22]) Für den 9. Abschnitt des II. Buchs („Verbrechen und Vergehen gegen die Einrichtugen des Staates").

handlung der Leichen- und Grabdelikte unter besonderer gemeinsamer Firma ab und reiht diese Delikte unter die „Vergehen gegen den Rechtsfrieden und die öffentliche Ordnung" ein. Dies ist zwar nicht falsch, weil letzten Endes jedes Delikt gegen die öffentliche Ordnung verstößt; einer solchen Systematik haftet aber der Mangel klarer Stellungnahme des Gesetzgebers an. Der Kommissionsentwurf bringt erstmals die auch im jetzigen Entwurfe vorgesehene Ueberschrift, die Entwürfe von 1919 und 1925 haben diese beibehalten.

Wie bereits oben kurz angedeutet, ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 183 E., § 168 RStGB., daß Gegenstand des rechtlichen Schutzes in den genannten Bestimmungen nur jener Leichnam und, in § 183 E., auch nur jener Teil eines Leichnams ist, der noch nicht im Eigentum einer Person steht.[23]) Verfehlt ist es daher, wenn die Wegnahme nach § 183 E., § 168 RStGB. vielfach als „Leichendiebstahl" oder „Leichenraub" bezeichnet wird und es ist bedauerlich, daß sogar die Begründung zum Entwurf sich einmal[24]) des irreführenden Ausdrucks „Leichenraub" bedient. Aus dem Erfordernis, daß in § 183 E., § 168 RStGB. gerade ein nicht eigentumsfähiger Leichnam vorausgesetzt ist, folgt weiter, daß eine Idealkonkurrenz (§ 65 E. erste Alternative, § 73 RStGB.) zwischen § 328 E., § 242 RStGB. einerseits und § 183 E., § 168 RStGB. andererseits, wenigstens bezüglich der Wegnahme eines Leichnams und (bei § 183 E.) Teilen eines solchen nicht möglich ist.[25])

Gelten nun die gleichen oben entwickelten Grundsätze auch für die A s c h e, d. h. kann auch i h r e Wegnahme nur dann aus § 183 E. bestraft werden, wenn sie noch nicht Eigentumsobjekt geworden ist? Diese Frage hat bisher noch keine Behandlung gefunden; wir möchten sie aber verneinen. Zu diesem Ergebnis zwingt schon die einfache Ueberlegung, daß bei gegenteiliger Annahme in Ländern, die in reichsrechtlich zulässiger Weise die Aushändigung der Asche an die Hinterbliebenen gestatten, die Asche selbst dann keinen strafrechtlichen Schutz nach § 183 E. finden würde, wenn sie von den Eigentümerin in einem Grabe beigesetzt wird, also ohne Zweifel wie ein Leichnam zur letzten Ruhe gebettet und Gegenstand des Pietätsgefühles ist. Praktisch wäre also in solchen Ländern der in § 183 E. der Asche gewährte Schutz illusorisch.

---

[23]) So für das geltende Recht auch Olshausen, § 168 Bem. vor N. 2; LK. § 168, N. 1; Frank, § 168, N. 1; ebenso Motive z. VE., S. 519.

[24]) Nämlich in Abs. III der Motive zu § 183 (S. 93), diese den Motiven zu § 158 KE., § 218 E. 1919, § 170 E. 1925 folgend.

[25]) So für das geltende Recht auch Olshausen, § 242, N. 37 c; LK. § 168, N. 2; Frank, § 168, N. 1; im übrigen vgl. die bei Koch, S. 31 angeführten Kommentatoren und Schriftsteller.

Zudem würde dadurch dem gleichen schutzwürdigen Rechtsgut innerhalb des gleichen Rechtsgebietes ein verschiedener Schutz zukommen. Aber selbst wenn man den Fall annimmt, daß die Asche ihren Aufbewahrungsort im Hause des Eigentümers gefunden haben, also in Verkehr gekommen sein sollte und man damit in nicht zu billigender Weise das Fehlen eines Pietätsgefühles der Allgemeinheit unterstellen wollte, könnte dies zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis führen [26]); denn es ist kein Grund einzusehen, warum nur das Pietätsgefühl der Allgemeinheit, nicht auch das des Einzelnen geschützt sein soll, wie denn auch die Begründung zum Entwurf selbst keinen Anhaltspunkt hiefür bietet.

Kann sohin auch die in jemands Eigentum stehende Asche Objekt der Wegnahme nach § 183 E. sein, so ergibt sich hieraus weiter, daß insoweit rechtliches Zusammentreffen (§ 65 E.) zwischen § 183 E. einerseits und §§ 328, 334, 338 E. andererseits möglich ist. Praktisch allerdings wird eine Idealkonkurrenz zwischen § 183 und §§ 328, 338 selten in Frage kommen, da es meist auf Seiten des Täters an der nach den letztgenannten Bestimmungen erforderlichen Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung fehlen wird. Wichtiger ist die Möglichkeit der Idealkonkurrenz zwischen § 183 und § 334; denn letztere Vorschrift verlangt keine Bereicherungsabsicht.

Strafbar nach § 183 E. ist aber nur die Wegnahme aus dem Gewahrsam des Berechtigten. Was ist nun unter Gewahrsam i. S. des § 183 E. zu verstehen? Im Anschluß an Rotering [27]) versteht die herrschende Lehre [28]) unter Gewahrsam i. S. der §§ 168, 367 Ziff. 1 RStGB. eine tatsächliche Obhut, Bewahrung, ein Aufsichts- bezw. Bewachungsverhältnis. Sie geht dabei treffend von der Auffassung aus, daß sich der Gewahrsamsbegriff des Strafrechts mit dem Besitzbegriff des bürgerlichen Rechts nicht decke (weil ersterer stets, letzterer dagegen nicht immer ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis bedinge) und Eigentum am Leichnam im allgemeinen nicht möglich sei. Daher sei hier (im Gegensatz zum Tatbestande des Diebstahls) das zwischen berechtigter Person und Sache notwendige Verhältnis überhaupt, und zwar gerade durch das schwächere Wort „Gewahrsam" zum Ausdruck gebracht, wie denn hieraus weiter zu folgern sei, daß die Wegnahme im Sinne des § 168 RStGB. nur den Bruch des fremden Gewahrsams, nicht auch (wie beim Diebstahl) die Erlangung des eigenen Gewahrsams fordere.

---

[26]) Ueber die aus einem anderen Gesichtspunkte sich ergebende Aenderung dieser Auffassung s. u.

[27]) Rotering im „Gerichtssaal", Bd. 35, S. 355.

[28]) So Olshausen, § 168, N. 4a; LK. § 168, N. 3; Frank, § 168, N. I; v. Liszt, § 118, N. V. 1; Crusen (Diss.), S. 28, 29; Merkel, S. 35; Micelli, S. 25.

Dieser Auslegung kann unbedenklich auch für § 183 E. beigepflichtet werden. Selbst der Umstand, daß künftig auch die Asche rechtlich geschützt sein soll, hat auf diese Rechtsauffassung keinen Einfluß. Zunächst ergibt sich dies schon daraus, daß auch die Asche meist nicht Gegenstand des Eigentumsrechtes ist. Sodann ist aber auch bei der Asche die ihr gebührende Ruhe schon dann gestört und das Pietätsgefühl der Ueberlebenden schon dann verletzt, wenn in den Gewahrsam im obengenannten Sinne eingegriffen wird.

Wer sind nun die zum Gewahrsam Berechtigten? Hier ist zu unterscheiden:

α) Bis zur Beisetzung sind zum Gewahrsam berechtigt bezüglich eines Leichnams schon nach bisheriger, allgemeiner Meinung zunächst die zur Bestattung Verpflichteten (dies sind in erster Linie die Angehörigen, nicht der Erbe als solcher, denn diesem obliegt gemäß § 1968 BGB. nur die Pflicht, für die Begräbniskosten aufzukommen, er ist also erst subsidiär bestattungspflichtig), sodann aber auch jeder, in dessen Obhut sich die Leiche sonstwie befindet, d. s. bei einer einsam verstorbenen Person die Stiftsverwaltung oder, bis zum Eintreffen der Angehörigen, der Dienstbote, bei in Kirchen aufgebahrten Leichen die Kirchenverwaltung (nicht etwa eine Ehrenwache), ferner die Verwaltung eines Krankenhauses, Gefängnisses, der Eisenbahn, die Polizei usw. Bezüglich der Asche sind gewahrsamsberechtigt zunächst die Verwaltung des Krematoriums, dann, bei Aushändigung der Asche an die Hinterbliebenen, diese, bei Nichtaushändigung die Verwaltung der Urnenhalle oder die Friedhofsverwaltung, bei Versendung der Asche nach auswärts die Bahn- oder Postverwaltung und schließlich der Adressat.

β) Nach der Beisetzung sind zum Gewahrsam berechtigt diejenigen, denen das Eigentum an dem Grund und Boden der Beisetzungsstätte zusteht,[29]) d. i. in der Regel eine politische oder kirchliche Gemeinde (vertreten durch die Friedhofs- oder Urnenhallenverwaltung), ausnahmsweise aber eine natürliche Person, nämlich dann, wenn es sich um eine Erbbeisetzungsstätte handelt und der Eigentümer über den Zutritt zu dieser frei verfügt. Hingegen ist im allgemeinen nicht Gewahrsamsberechtigter der Erwerber einer einzelnen Beisetzungsstätte; an ihr besteht meist nur ein (durch die Zweckbestimmung begrenztes) Nutzungsrecht.

In diesem Zusammenhange sei noch kurz darauf hingewiesen, daß sämtliche Entwürfe an Stelle der in §§ 168, 367

[29]) A. M. Kahl (VDB.), Bd. 3, S. 67; Frank, § 168, N. I, v. Liszt, § 118, N. V. 1; Crusen (Diss.), S. 29, Kohler, S. 211; Koch, S. 35; diese lassen nicht, wie RGSt., Bd. 28, S. 140, das Eigentum entscheiden, sondern stellen es darauf ab, wem die publizistische Pflege der Beisetzungsstätte zusteht.

Ziff. 1 RStGB. gebrauchten Worte „Gewahrsam der dazu berechtigten Person(en)" kurz von „Gewahrsam des Berechtigten" sprechen. Daß das Wort „dazu" überflüssig ist und seine Weglassung keine sachliche Aenderung bedeutet, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Anders verhält es sich mit der Weglassung des Wortes „Person(en)". Die herrschende Meinung nimmt zwar an, daß zu den „Personen" i. S. des § 168 auch Sozietäten und ähnliche Vereinigungen zu zählen sind, tut aber hiemit dem Gesetze Gewalt an; denn wenn sich auch diese Vereinigungen aus einzelnen natürlichen oder juristischen Personen zusammensetzen, so ist doch die Vereinigung als solche nicht juristische P e r s o n. Infolge der Weglassung des Wortes „Person(en)" in § 183 E. steht aber nunmehr einwandfrei fest, daß künftighin auch z. B. die sog. Sepulturverbände, die nach bayerischem Verwaltungsrecht nichtrechtsfähige Konkurrenzverbände sind,[30]) Gewahrsamsberechtigte sein können.

Es bleibt nun zu untersuchen, in welchen Fällen eine nach § 183 E. strafbare Wegnahme schlechterdings nicht erfolgen kann. Hier sind drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

α) Steht der Leichnam in n i e m a n d s G e w a h r s a m,[31]) wie dies bei angeschwemmten, im Walde, auf freiem Felde oder auf der Landstraße gefundenen Leichen nach fast übereinstimmender Meinung möglich ist,[32]) so ist mangels eines Gewahrsamsberechtigten eine strafbare Wegnahme nach § 183 E. nicht möglich, dies jedoch nur bis zu dem Zeitpunkte, in dem sich die Polizei- oder Gemeindebehörde gemäß §§ 159, 94 StPO. den Gewahrsam am Leichnam verschafft hat.[33])

β) Dem eben behandelten Falle ist die Wegnahme aus dem G e w a h r s a m e i n e s U n b e r e c h t i g t e n, z. B. desjenigen, der selbst den Leichnam oder die Asche unbefugt weggenommen hat, gleichzustellen; denn auch hier wird der Gewahrsam eines Berechtigten nicht verletzt.[34])

γ) Wird endlich die Tat vom G e w a h r s a m s b e r e c h t i g t e n s e l b s t begangen, so ergibt sich die Nichtanwendbarkeit der ersten Alternative des § 183 E. schon aus dem Gesetze selbst.

Die Nichtanwendbarkeit schon des § 168 RStGB. in den genannten drei Fällen bildete für viele, z. B. Kahl (VDB. Bd. 3 S. 67, 102) und Höpler (in Aschrott-Kohlrausch S. 270), den Anlaß zu der Forderung, die Worte „aus dem Gewahrsam der dazu

---

[30]) Vgl. Dyroff, Art. 10 Ziff. 2, VGG., Anm. 6.
[31]) Bei der Asche dürfte dieser Fall wohl kaum vorkommen.
[32]) A. M. Hälschner und Oppenhoff, § 168, N. 2.
[33]) Vgl. hierzu Löwe, § 159 StPO., Anm. 1 b.
[34]) So Olshausen, § 168, N. 4 b; LK. N. 3; Crusen (Diss.), S. 32; Merkel, S. 39/40 u. a. m.

berechtigten Person" aus dem Gesetze zu streichen, die Wegnahme also schlechthin zu bestrafen. Die Begründung zum Vorentwurf, die hier herangezogen werden kann,[35]) nimmt offenbar hiegegen Stellung, wenn sie (auf Seite 519) sagt: „Die Wegnahme des Leichnams eines einsam auf der Landstraße Verstorbenen, der zur Zeit in niemands Gewahrsam sich befindet, ein Fall, der in Wirklichkeit selten vorkommt, fällt unter den hier anzunehmenden Voraussetzungen jetzt schon unter § 367 Ziff. 1.[36]) Damit ist dem Schutzbedürfnis genügt. Diese Handlung aus dem strengen Gesichtspunkt eines Vergehens unter Strafe zu nehmen, dafür besteht keine dringende Veranlassung." Die Anwendbarkeit des § 367 Ziff. 1 (erste Alternative) ist aber auch in den weitaus meisten Fällen der beiden anderen oben erwähnten, noch selteneren und darum wohl vom Vorentwurf überhaupt nicht genannten Möglichkeiten gegeben. Diese Anwendungsfälle der ersten Alternative des § 367 Ziff. 1 deckt auch der Entwurf, nämlich durch § 397, eine Blankettvorschrift. Zu den vom Vorentwurf selbst angeführten Argumenten kommt aber bei der Wegnahme aus dem Gewahrsam eines Nichtberechtigten noch der weitere Gesichtspunkt, daß Leichnam und Asche in ihrer Ruhe schon gestört sind und das Pietätsgefühl der Ueberlebenden immer noch verletzt ist, mithin die neue Wegnahme nicht mehr so strafwürdig erscheint. Bei der Wegnahme durch den Gewahrsamsberechtigten selbst kommt in Betracht, daß dann, wenn sie zur Verheimlichung eines Verbrechens dienen soll, meist die für dieses einschlägige schärfere Strafbestimmung zur Anwendung gelangt; §§ 65, 66 E. Es besteht sohin keine genügende Veranlassung, die genannten drei Sonderfälle durch § 183 E. zu decken, also die Worte „aus dem Gewahrsam des Berechtigten" zu streichen.

Es sei noch der Vorschlag Blankenburgs[37]) erwähnt, statt des „Gewahrsam des Berechtigten" die „böswillige Störung der Totenruhe" zu verlangen. Dieser Vorschlag kann keinen Beifall finden; denn das subjektive Erfordernis der Böswilligkeit dürfte in der Praxis so viele Schwierigkeiten bieten,[38]) daß seine Aufnahme in die eigentlichen Religionsdelikte auf die starke Kritik hin mit Recht abgelehnt wurde. Eine Fassung des § 183 E. nach dem Vorschlag Blankenburgs hätte übrigens zur Folge, daß die Wegnahme eines Leichnams aus gewinnsüchtiger Absicht straflos bleiben müßte, ein gewiß nicht zu billigendes Ergebnis!

---

[35]) Vgl. Motive z. AE. 1927, S. 6.

[36]) Gemeint ist hier natürlich die erste Alternative der Ziffer: „Wer ohne Vorwissen der Behörden einen Leichnam beerdigt oder beiseite schafft . . ."

[37]) Blankenburg, S. 79.

[38]) Vgl. über den sehr streitigen Begriff „böswillig" Olshausen, § 134, N. 3.

Viel erörtert ist auch die Frage, ob der Friedhofsverwalter oder der Totengräber an den im Friedhof beigesetzten Leichen und Aschenurnen sich der Wegnahme nach § 168 RStGB., § 183 E. schuldig machen können. Die herrschende Lehre nimmt zutreffend an, der Friedhofsverwalter habe unmöglich den Alleingewahrsam; habe er aber nur Mitgewahrsam oder sei er gar nur Mittelsperson (etwa analog dem Besitzdiener), so könne er sich der Wegnahme nach § 168 RStGB. schuldig machen. Die gleichen Grundsätze haben auch für den Kustos einer Kirche und die mit der Einäscherung eines Leichnams beschäftigten Personen zu gelten.

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, daß der Entwurf — im Gegensatz zum Vorentwurfe — das in § 168 RStGB. gebrauchte Wort „unbefugt" wegläßt. Dieser Aenderung kommt eine sachliche Bedeutung nicht zu. Das Wort „unbefugt" bedeutet, wie in § 123 RStGB. (§ 277 E.) die Worte „ohne Befugnis" so viel wie „widerrechtlich" oder „rechtswidrig".[39]) Rechtswidrigkeit der Handlung ist aber bei allen Delikten Voraussetzung für die Strafbarkeit; daher ist das Wort „unbefugt" in § 168 RStGB. überflüssig und in § 183 E. nicht mehr aufgenommen.[40]) Aus dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit folg, daß straflos handelt, wer im Einverständnis mit dem Gewahrsamsberechtigten oder zwar gegen dessen Willen, aber auf Grund besseren Rechts einen Leichnam oder die Asche wegnimmt. Hier kommen vor allem strafprozessuale und gesundheitspolizeiliche Vorschriften in Betracht, z. B. gerichtliche Exhumierung einer Leiche bei Verdacht eines gewaltsamen Todes des Verstorbenen (§ 87 Abs. III StPO.) oder Nichteinhaltung der Bestattungsfrist.[41])

In subjektiver Hinsicht kommt in Betracht: Strafbar ist nur die vorsätzlich erfolgte Wegnahme, weil für die Anwendbarkeit des § 183 E. vorsätzliches Handeln überhaupt gefordert ist; § 16 E. Der Täter braucht nur mit Wissen und Willen den Tatbestand der Wegnahme verwirklichen (§ 17 E.), absichtliches Handeln (§ 18 Abs. II E.) ist für die Strafbarkeit nicht erforderlich. Insbesondere braucht eine auf Störung der Totenruhe oder auf Verletzung des Pietätsgefühles der Ueberlebenden gerichtete Absicht, ja nicht einmal ein Vorsatz dieser Art vorgelegen zu haben.

3. Der beschimpfende Unfug.

Der Begriff des beschimpfenden Unfugs ist schon dem geltenden Rechte nicht fremd; das Reichsstrafgesetzbuch verwendet ihn bei der Verletzung in- oder ausländischer Hoheits-

[39]) Vgl. Olshausen, § 168, N. 5 a, § 123, N. 14; LK., § 168, N. 4.
[40]) Vgl. auch Motive zu § 326 (S. 163).
[41]) Vgl. Fußnote 13.

zeichen (§§ 103a, 135), bei den eigentlichen Religionsdelikten (§ 166) und bei der hier interessierenden Vorschrift des § 168. Letztere Bestimmung schützt aber nur das Grab, nicht auch den Leichnam und die Asche vor beschimpfendem Unfug. Hierin ist unzweifelhaft die schwerste Lücke des § 168 zu erblicken; denn gerade das verwerflichste der Leichendelikte, die Leichenschändung, ist nach dieser Bestimmung nicht strafbar.

Von einem Mangel des Gesetzes zu sprechen geht aber erst dann an, wenn eine Strafbarkeit auch aus anderen Bestimmungen überhaupt nicht oder nur unzureichend möglich ist. Als solche Bestimmung kommt zunächst § 189 RStGB. in Betracht; durch diese Vorschrift ist jedoch nur das Andenken eines Verstorbenen, nicht auch dessen toter Körper oder Asche selbst geschützt. Eine Beleidigung nach § 185 scheidet aus, weil nur ein Lebender Träger des Rechtsgutes der Ehre sein, ein Verstorbener also nicht beleidigt werden kann.[1]) §§ 223 ff. schlagen nicht ein, weil der Leichnam kein „anderer" i. S. des § 223, d. h. kein anderer Mensch als der Täter ist.[2]) § 183 ist in seiner Anwendbarkeit durch das Erfordernis der öffentlichen Erregung des Aergernisses stark eingeschränkt. § 360 Ziff. 11 erweist sich in den hier einschlagenden Fällen wegen Strafart und Strafrahmens als völlig unzureichend. § 168 selbst endlich greift nur Platz, wenn es sich um bereits bestattete Leichen handelt, gerade an den unbestatteten Leichen aber wird die Schändung relativ am häufigsten vorgenommen.

Den hienach im geltenden Rechte vorhandenen Mangel beseitigt der Entwurf dadurch, daß er in der zweiten Alternative des § 183 die Worte „daran oder" aufnimmt.

Wann liegt nun ein „beschimpfender Unfug" an einem Leichnam oder Teilen eines Leichnams oder der Asche eines Verstorbenen vor? Unter „Unfug" versteht das Reichsgericht[3]) „grobe Ungebühr", eine „grob ungehörige Handlung". „Beschimpfung" ist nach Kahl[4]) ein schwererer Angriff als Beleidigung. Sie kennzeichnet sich als Roheit des Gedankeninhalts und der Form. Sie betätigt nicht bloß, wie jene, einen „Mangel an Achtung", sondern sie ist der Ausdruck von „Verachtung". Welche Umstände im einzelnen Falle die Beleidigung zur Beschimpfung potenzieren, ist Tatfrage. Nach Höpler[5]) ist Beschimpfung „qualifizierte, potenzierte Beleidigung".

---

[1]) Vgl. Olshausen, § 189, N. 1; Allfeld, § 77, N. IV 2; RGSt., Bd. 26, S. 33 und RG. IV v. 15. 11. 12 in „Recht" 1913, Fall 133.
[2]) Olshausen, § 223, N. 1.
[3]) RGR., Bd. 9, S. 399; RGSt., Bd. 39, S. 157; Bd. 42, S. 146.
[4]) Kahl (Festschrift) S. 245.
[5]) Höpler in Aschrott-Kohlrausch, S. 270.

Allein nicht jedes grob ungebührliche Verhalten kann schon als „beschimpfender Unfug" im Sinne des § 183 E. angesehen werden; vielmehr ist es ein solcher erst dann, wenn es sich gegen den Verstorbenen richtet und dadurch das fromme Gefühl anderer zu verletzen geeignet ist und der Täter auch das Bewußtsein (wenn auch nicht die Absicht)[6]) hatte, daß es sich als Verachtung des Verstorbenen darstellt. Weiter muß aber auch gefordert werden, daß der beschimpfende Unfug gerade a n einem Leichnam oder a n der Asche begangen wird. Eine räumliche Beziehung zum Leichnam oder zur Asche muß jedoch für genügend erachtet werden. Ein tätliches Einwirken auf den Leichnam oder die Asche ist nicht erforderlich, so daß Schmähungen, Gebärden u. ä. sich als beschimpfender Unfug darstellen können. Andererseits sind sie dies nicht, wenn die räumliche Beziehung zu dem Leichnam oder der Asche fehlt, also etwa bei einer in einem Wirtshause gegen den Verstorbenen begangenen Schmähung.

In Anwendung dieser Grundsätze und in Anlehnung an die vom Reichsgericht zu dem „beschimpfenden Unfug" des § 168 RStGB. ausgebildete Rechtsprechung[7]) ist daher „beschimpfender Unfug" im Sinne des § 183 E., wenigstens soweit er an einem Leichnam, Teilen eines solchen oder der Asche eines Verstorbenen verübt wird,[8]) jede in Verbindung mit dem Leichnam, den Teilen eines solchen oder der Asche vorgenommene grob ungehörige, eine Roheit der Gesinnung beweisende Handlung, die sich gegen den Verstorbenen richtet und die vom Täter in dem Bewußtsein vorgenonmmen wird, daß sie sich als Ausdruck der Verachtung des Verstorbenen darstellt.

Hienach kann auch derjenige, der etwa über die Asche rechtlich zu verfügen in der Lage ist, sich des beschimpfenden Unfugs schuldig machen.[9])

Sieht sohin der Entwurf auch für die Leichenschändung in ihren verschiedenen Begehungsformen eine Strafbarkeit vor, so wird dennoch eine Bestrafung bei der wohl gerade hier vielfach gegebenen geistigen Minderwertigkeit der Täter häufig nicht erfolgen können. Aus diesem Umstande kann jedoch keine Ueberflüssigkeit der gesetzlichen Bestimmung abgeleitet werden; denn immerhin wird die Leichenschän-

---

[6]) So zutreffend zit. RGSt., Bd. 39, S. 157, Bd. 42, S. 146 in stillschweigender Abweichung von RGR, Bd. 9, S. 399.

[7]) Vgl. zit. Urteile des RG., ferner RGSt., Bd. 21, S. 178, Bd. 48, S. 299.

[8]) Bezüglich des an einer Beisetzungsstätte verübten beschimpfenden Unfugs s. u.

[9]) Vgl. zit. RGSt., Bd. 42, S. 145.

dung auch von solchen Personen vorgenommen, bei denen die §§ 12 ff. E. nicht Platz greifen unnd gerade in solchen Fällen, insbesonders, wenn das Motiv der Tat Haß und Rachsucht sind, ist eine Strafe unbedingt nötig.

II. Der Schutz der Beisetzungsstätte.

Der rechtliche Schutz des Leichnams und der Asche wäre unvollkommen, schützte das Gesetz nicht auch die Beisetzungsstätte. Daher bedroht der Entwurf auch denjenigen mit Strafe, der zwar vielleicht nicht zugleich an dem Leichnam oder der Asche selbst, wohl aber an deren Beisetzungsstätte beschimpfenden Unfug verübt (§ 183 zweite Alternative E.) oder diese oder ein Grabmal beschädigt oder zerstört (§ 327 Abs. I Ziff. 2 E.)

1. Der Begriff der Beisetzungsstätte.

Unter „Beisetzungsstätte" ist zu verstehen die der Ruhe eines Verstorbenen oder dessen Asche sowie dem Andenken an den Verstorbenen dienende Stätte. Beisetzungsstätte ist daher insbesonders das Grab, mag dieses einem Leichnam [1]) oder der Asche eines Verstorbenen als Ruhestätte dienen.[2]) Dabei ist bezüglich der Asche belanglos, ob diese mittels einer Urne beigesetzt oder etwa in das Grab nur hineingestreut wurde. Beisetzungsstätte ist aber weiter im besonderen der in einer Urnenhalle für die Aufstellung mindestens e i n e r Urne bestimmte und eine solche enthaltende abgegrenzte Raum, ja sogar die Urnenhalle als solche, wenn in ihr nur die offene Aufstellung von Urnen möglich ist, diese aber derart, daß die einzelnen oder einzelnen zusammengehörigen Urnen räumlich-örtlich von den übrigen Urnen in keiner Weise geschieden sind; denn letzteren Falles stellt sich die Urnenhalle als einzige große Beisetzungsstätte dar, die etwa einem Massengrabe vergleichbar ist.

In der Literatur wird nun teilweise die Auffassung vertreten, daß selbst die Stelle, wo Verbrennungsprodukte in frei stehenden Urnen niedergelegt sind, als „Grab" anzusehen und damit schon im geltenden Rechte geschützt sind.[3]) Diese Auffassung ist indessen lebhaft bestritten.[4]) Bei dieser Zwie-

[1]) Vgl. RGR., Bd. 9, S. 399, RGSt., Bd. 39, S. 155.
[2]) So auch bezügl. der Asche schon für das geltende Recht die h. M.; vgl. Olshausen, § 168, N. 6 a am Ende.
[3]) So Olshausen, a. a. O., und der dort zit. LK., § 168, N. 6, am Ende.
[4]) Vgl. die bei Olshausen a. a. O. zitierte Literatur.

spältigkeit der Meinungen ist es zu begrüßen, daß der Entwurf, um der Asche auch in diesem Falle den ihr gebührenden Schutz zu sichern, wie seine Vorgänger sich statt des engeren Begriffes „Grab" des umfassenderen Ausdrucks „Beisetzungsstätte" bedient.

Nach der oben aufgestellten Begriffsbestimmung liegt eine Beisetzungsstätte nur dann vor, wenn die Stätte nicht nur der Ruhe des Verstorbenen, sondern auch dem Andenken an diesen dient. Dieses letzte Erfordernis ist, wenigstens bezüglich des bisher allein geschützten Grabes i. e. S., betritten,[5]) wird aber von der herrschenden Lehre mit der zutreffenden Begründung vertreten, daß dadurch auch eine äußerliche Kennzeichnung der Stätte gefordert wird, mithin Hünengräber nicht als Grab im Sinne des Strafrechts und damit auch nicht als Beisetzungsstätte angesehen werden können.[6]) Gleiches wird übrigens von der herrschenden Meinung auch für den Platz einer bloß verscharrten Leiche mit Recht angenommen.

Von einer „Beisetzungsstätte" zu sprechen geht nur dann an, wenn Leichnam oder Asche zu einer Ruhe von längerer Dauer, wenn auch nicht unbedingt für dauernd, beigesetzt sind.[7]) Hienach steht nicht entgegen, wenn etwa eine spätere Ueberführung des Beisetzungsgegenstandes beabsichtigt ist. Andererseits kann ein Leichenhaus oder eine Kirche, in der ein Leichnam aufgebahrt ist, oder der Raum, in dem ein Leichnam zur Verbrennung bereitgestellt ist, oder die Kanzlei eines Krematoriums, in der eine Urne bis zur Verfügung der Angehörigen zurückgestellt wird, nicht als Beisetzungsstätte angesehen werden. Weiter kann aber als Beisetzungsstätte in der Regel nicht angesehen werden der von den Angehörigen eines Verstorbenen für die dessen Asche enthaltende Urne in der häuslichen Wohnung ausgewählte Platz.[8]) Diese Annahme scheint mit der oben[9]) bejahten Möglichkeit einer strafbaren Wegnahme so aufgestellter Urnen in Widerspruch zu stehen. Während jedoch dort das Vorhandensein eines (auch hier nicht geleugneten) Pietätsgefühles das entscheidende Moment bildete, handelt es sich hier darum, daß die Asche in Wirklichkeit eine Ruhe nicht gefunden hat; denn sie, bzw. die sie bergende Urne, ist hier dem ständigen Zugriff von Personen ausgesetzt, so insbesonders bei Reinigung des Zimmers. Eine Ausnahme ist allerdings für den Fall zuzulassen, daß die Urne

---

[5]) Vgl. hierzu Olshausen, § 168, N. 6a.

[6]) Olshausen, § 168, N. 6a und 6c; letztere Stelle ist aber dahin zu berichtigen, daß (nicht die Beziehung zur Religion, sondern) ein Pietätsgefühl der Ueberlebenden nicht mehr gegeben ist.

[7]) Vgl. RGSt., Bd. 18, S. 717.

[8]) A. M. insbesonders Olshausen, § 168, N. 6a; LK., N. 6; die hier sogar von einem Grabe sprechen.

[9]) Vgl. dort Fußnote 26.

innerhalb der Wohnung in einem eigenen Schrein, der etwa in eine Mauer eingelassen ist, oder etwa gar in einem eigenen Raume aufbewahrt wird; denn im letztgenannten Falle ist die Ruhe der Asche wie in einer Urnenhalle gewährleistet, es ist hier nicht, wie im erstgenannten Falle, bloß eine Aufbewahrungsstelle gegeben.

Im übrigen kann die bisher, d. h. im geltenden Rechte bezüglich des Grabes i. e. S. ausgebildete Rechtslehre und Rechtsprechung auch für die Beisetzungsstätte beibehalten oder doch entsprechend angewendet werden. Hienach kann von einer Beisetzungsstätte erst dann die Rede sein, wenn in dem ausgegrabenen Schachte ein Leichnam oder menschliche Asche, in der Urne Asche ruht, diese machen sogar den wesentlichsten Teil der Beisetzungsstätte aus.[10]) Daher sind die im Freien mitunter aufgestellten Totenbretter oder ein an der Stelle eines Unglücksfalles errichtetes Totenmal für sich allein noch keine Beisetzungsstätte. Andererseits hört eine Beisetzungsstätte mit der Entfernung ihres wesentlichsten Teiles auf, eine solche zu sein; denn hier dient sie nicht mehr der Ruhe eines Leichnams oder der Asche. Die Grabesqualität endigt jedoch nicht mit dem Ende des natürlichen Verwesungsprozesses eines Leichnams; denn im Grabe ruhen immer noch die Knochen als letzte Ueberreste. Hingegen kann wiederum von einem Grabe i. e. S. dann nicht mehr gesprochen werden, wenn es als solches äußerlich nicht mehr erkennbar ist, etwa weil es nach Ablauf der Umtriebszeit aufgelassen wird; denn hier kann das Andenken an den Verstorbenen als erloschen gelten.

Zur Beisetzungsstätte gehört alles, was mit ihr selbst in einem wesentlichen oder künstlichen Zusammenhange steht und dauernd mit ihr verbunden ist.[11]) Es gehört also dazu im speziellen 1. der Sarg mit dem Leichnam,[12]) bezw. die Urne mit der Asche; 2. der Grabhügel, d. i. der einen Sarg mit Leichnam oder die Asche umgebende Teil des Erdbodens,[13]) nebst seiner Einschließung durch Gitter oder Mauer, ferner das Grabgewölbe oder Gewölbe des Urnenplatzes; 3. die Blumenpflanzungen auf dem Grabe,[14]) mögen diese auch mit den Töpfen eingegraben sein, nicht aber bloß lose auf dasselbe gestellte oder aufgelegte Kränze,[15]) desgleichen nicht die vor einem Urnenplatz hingestellten Blumen; 4. an sich auch das Grabmal.[16])

[10]) Vgl. RGSt., Bd. 12, S. 168, ähnlich Bd. 28, S. 139.
[11]) Vgl. RGR., Bd. 9, S. 399; RGSt., Bd. 39, S. 156.
[12]) RGSt., Bd. 12, S. 168; Bd. 28, S. 139.
[13]) Vgl. zit. RGSt., Bd. 39, S. 156.
[14]) Vgl. zit. RGR., Bd. 9, S. 399.
[15]) So zit. RGR., Bd. 9, S. 399; RGSt., Bd. 21, S. 178, Bd. 42, S. 145; vgl. auch Motive zu § 327 (S. 163).
[16]) Hierüber s. u.

2. Der beschimpfende Unfug.

Für den an einer Beisetzungsstätte verübten beschimpfenden Unfug greifen die bereits oben für den an einem Leichnam, Teilen eines solchen oder an der Asche verübten beschimpfenden Unfug entwickelten Grundsätze mit der Modifikation Platz, daß eine räumliche Beziehung des beschimpfenden Unfugs nicht zum Beisetzungsgegenstande selbst, sondern nur zu der ihn bergenden Stätte zu bestehen braucht. Im weiteren Sinne ist allerdings damit auch eine räumliche Beziehung zum Beisetzungsgegenstande selbst gegeben. Hiernach ist Verübung beschimpfenden Unfugs an einer Beisetzungsstätte jede in Verbindung mit der Beisetzungsstätte vorgenommene grob ungehörige, eine Roheit der Gesinnung beweisende Handlung, die sich gegen den Verstorbenen richtet, und die vom Täter in dem Bewußtsein vorgenommen wird, daß sie sich als Ausdruck der Verachtung des Verstorbenen darstellt.

3. Die Beschädigung und Zerstörung.

Während im geltenden Rechte die Beschädigung und die Zerstörung eines Grabes unter die Religionsvergehen i. w. S., die Beschädigung und die Zerstörung eines Grabmals unter die Begehungsarten der qualifizierten Sachbeschädigung eingereiht sind (§ 168 zweite Alternative, § 304 RStGB.), behandelt der Entwurf, gleich seinen Vorgängern,[1]) die Beschädigung und Zerstörung einer Beisetzungsstätte ebenso wie die eines Grabmals als gemeingefährliche Sachbeschädigung (§ 327 E.). Die Begründung zum Vorentwurf[2]) führt für diese Neuregelung an, die Unterscheidung zwischen Gräbern und Grabmälern sei nicht genügend gerechtfertigt, zumal die möglichen Strafarten im geltenden Rechte verschieden seien. Dem kann zugestimmt werden. Zwar entfällt das letztere Argument bei dem nach dem Entwurfe vorgesehenen gleichen Strafrahmen für § 183 und § 327, doch bleibt nach wie vor die Tatsache bestehen, daß die Totenruhe in den Fällen des § 327 Abs. I Ziff. 2 in erheblich geringerem Maße als beim Tatbestand des § 183 E., sofern überhaupt, gestört erscheint und daß sich die Beschädigung und Zerstörung einer Beisetzungsstätte ebenso wie die eines Grabmals häufig nicht gegen den Verstorbenen, sondern gegen die Ueberlebenden richtet.

Unter „Grabmal" ist begrifflich das zum Gedächtnis oder zu Ehren eines Begrabenen errichtete Erinnerungszeichen zu

[1]) § 290 VE.; § 364 KE.; § 358 E. 1919; § 295 Ziff. 2 AE. 1925.
[2]) Motive z. VE., S. 520.

verstehen.[3]) Bei der völligen Gleichbehandlung, die der Entwurf dem Leichnam und der Asche eines Verstorbenen, sowie sämtlichen Beisetzungsstätten angedeihen läßt, ist unter Grabmal im Sinne des Entwurfs oder aber auch das zum Gedächtnis oder zu Ehren eines Verstorbenen überhaupt, also auch des Feuerbestatteten errichtete Erinnerungszeichen anzusehen. Einen beide Fälle deckenden Ausdruck kennt die deutsche Sprache nicht, ein solches Wort (etwa „Beisetzungsmal") neu zu prägen, hat sich der Entwurf wohlweislich gehütet.

Wie schon im geltenden Rechte ist als „Beschädigung" eine solche Einwirkung auf die Sache anzusehen, daß dadurch ihr körperlicher Bestand getroffen, ihre Unversehrtheit aufgehoben wird,[4]) als „Zerstörung" aber eine so weitgehende Beschädigung der Sache, daß sie dadurch für ihren Zweck völlig unbrauchbar, also ihrem Wesen nach völlig aufgehoben wird.[5]) Nur eine scheinbare Neuerung bringt für unsere Materie der Entwurf mit dem Begriff der „Unbrauchbarmachung"; denn praktisch ist bei den hier in Frage stehenden Gegenständen eine solche ohne gleichzeitige Beschädigung nicht gut denkbar.

Die Bezugnahme des § 327 E. auf § 326 ergibt jedoch nach einer anderen Richtung eine Aenderung gegenüber dem geltenden Rechte; die Zerstörung oder Beschädigung eines Grabmals durch den Eigentümer ist künftighin straflos; denn es fehlt an einer für den Täter „fremden" Sache. Straflos ist aber auch, wie schon im geltenden Rechte, die anläßlich der P f l e g e des Grabes durch den Pflegeberechtigten hervorgerufene Beschädigung desselben.[6]) Zwar werden, wie heute bereits, Gräber in den meisten Fällen im Eigentum öffentlich-rechtlicher Verbände stehen, also selbst für die Hinterbliebenen „fremde" Sachen sein; da aber die öffentlich-rechtlichen Verbände den Hinterbliebenen das Recht der Grabpflege zubilligen, ihnen in ihren Friedhofsordnungen mitunter sogar die Pflicht zur Grabpflege auferlegen, fehlt es bei solchen Handlungen an dem allgemeinen Erfordernis der Rechtswidrigkeit.

In subjektiver Hinsicht hat der Entwurf nur scheinbar eine Aenderung gebracht; denn wie die Begründung zum Entwurf

---

[3]) Vgl. Olshausen, § 304 N. 2c und das dort zit. RG. in Goltd. A. Bd. 53, S. 441.

[4]) Olshausen, § 303 N. 4a; vgl. auch Motive, S. 162.

[5]) Olshausen, § 125 N. 3c; vgl. auch Motive, S. 162.

[6]) Wenn auch b e g r i f f l i c h die Pflege des Grabes sich nicht als Beschädgigung darstellt, so kann doch die e i n z e l n e Pflegeh a n d l u n g eine Beschädigung in dem oben dargelegten Sinne enthalten, z. B. das Herausreißen eingepflanzter Blumen (vgl. RGSt., Bd. 42, S. 145).

selbst ausführt,[7]) sind in diesem die Worte des § 303 RStGB. „vorsätzlich und rechtswidrig" teils als selbstverständlich, teils als durch § 16 entbehrlich geworden, nicht übernommen.

Rechtliches Zusammentreffen (§ 65 E.) zwischen § 327 Abs. I Ziff. 2 E. und § 183 E. ist möglich. Schon im geltenden Rechte wird die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen § 304 und § 168 RStGB. anerkannt.[8]) Die Möglichkeit solchen Zusammentreffens ist aber dadurch, daß der Entwurf die Beschädigung und Zerstörung eines Grabes aus der Gruppe der Religionsdelikte herausnimmt und sie, wie die Zerstörung und Beschädigung einer Beisetzungsstätte überhaupt, bei der gemeinschädlichen Sachbeschädigung einreiht, gegenüber dem geltenden Rechte nicht unbedeutend erweitert worden.

III. Das Strafmaß.

Das geltende Strafgesetzbuch droht für die oben behandelten Delikte mit Ausnahme der unbefugten Wegnahme von Leichenteilen und der Beschädigung oder Zerstörung eines Grabmals Gefängnis von einem Tage bis zu zwei Jahren, für letztere Gefängnis von einem Tage bis zu drei Jahren oder Geldstrafe von drei bis zehntausend Reichsmark an; §§ 168, 304 Abs. I, § 27[1]) Abs. I, Abs. II Ziff. 1, § 1 Abs. I RStGB., § 2 der zweiten Verordnung zur Durchführung des Münzgesetzes vom 12. Dezember 1924 (RGBl. Teil I S. 775). Neben diesen Strafen kennt das Reichsstrafgesetzbuch in schwereren Fällen die Möglichkeit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder, statt ihrer, die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter; §§ 168, 304 Abs. II; §§ 32 ff., § 35 RStGB. Die Wegnahme von Teilen einer Leiche wird mit Geldstrafe von einer bis einhundertfünfzig Reichsmark oder mit Haft bedroht: § 367 Ziff. 1, § 27[1]) Abs. I., Abs. II Ziff. 2, § 1 Abs. III RStGB., § 2 der Verordnung vom 12. Dezember 1924.

Der Entwurf droht für diese sämtlichen Delikte Gefängnisstrafe von einer Woche bis zu fünf Jahren an; §§ 183, 327, § 35 Abs. II E. Die Möglichkeit der Aberkennung der

[7]) Motive zu § 326 (S. 163).

[8]) Vgl. RGSt., Bd. 39, S. 155, das im besonderen Idealkonkurrenz zwischen beschimpfendem Unfug an einem Grabe und der Zerstörung eines Grabmals annimmt, die Frage jedoch, ob zwischen der Zerstörung oder Beschädigung eines Grabes und der Zerstörung oder Beschädigung eines Grabmals nicht das Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz vorliegt, dahingestellt sein läßt; letztere Frage ist aber mit LK. (§ 168 N. 7) zu bejahen.

[1]) In der Fassung der VO. über Vermögensstrafen und Bußen, vom 6. Februar 1924 (RGBl. I, S. 44).

bürgerlichen Ehrenrechte sieht der Entwurf nicht vor, hingegen läßt er es wieder zu, den Täter in schweren Fällen neben der Verurteilung zu der Freiheitsstrafe für unfähig zu erklären, ein öffentliches Amt zu bekleiden; § 47 E.

Hiernach vertritt der Entwurf bei den hier in Frage stehenden Delikten grundsätzlich einen strengeren Standpunkt als das Reichsstrafgesetzbuch. Bezüglich der Mindeststrafe kommt in Betracht, daß der Entwurf nicht etwa nur speziell bei diesen Delikten, sondern überhaupt Gefängnisstrafen unter einer Woche für unzweckmäßig hält und deshalb nicht vorsieht. Ob die vom Entwurfe für diese Regelung angeführten Gründe[2]) einzeln oder in ihrer Gesamtheit eine solche Annahme rechtfertigen, bedarf im Rahmen des hier interessierenden speziellen Themas nicht der Erörterung. Jedenfalls ergibt sich bei den Leichen- und Grabdelikten im besonderen aus dieser Regelung keine Härte, da nötigenfalls auf Grund der allgemeinen, noch zu erwähnenden Milderungsbestimmungen in concreto ein genügender Ausgleich geschaffen werden kann. Auch die gesetzliche Höchststrafe kann begründeten Bedenken nicht begegnen. Mag einerseits zugegeben werden, daß die im geltenden Rechte angedrohte Höchststrafe in der Praxis vielleicht ausgereicht haben mag, so kann doch andererseits nicht geleugnet werden, daß in manchen Fällen, insbesonders solchen besonderer Roheit und Verkommenheit des Täters, die obere Grenze des Strafrahmens zu eng bemessen ist. Die Seltenheit solcher Fälle, die sich übrigens in der Nachkriegszeit bei der allgemeinen Verrohung[3]) eher gemindert als gesteigert haben dürfte, kann ein niedrigeres Strafhöchstmaß nicht rechtfertigen; denn das Bestreben des Gesetzgebers muß es sein, eine Strafbestimmung auch in ihrer Strafdrohung so zu gestalten, daß sie sämtlichen Fällen der Praxis gerecht wird.

Die Gefängnisstrafe ist in Fällen, in denen der Täter ausschließlich aus achtenswerten Gründen gehandelt, z. B. gerade um einer Urne einen würdigen Aufbewahrungsplatz zu geben, diese aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen hat, eine zu harte Strafe. Für solche Fälle ermächtigt daher der Entwurf den die Strafe bemessenden Richter allgemein, statt auf Gefängnis auf die ihrer Art nach leichteste, allerdings nur subsidiäre Freiheitsstrafe der Einschließung[4]) zu erkennen, sofern die Tat nicht schon wegen der Art und Weise ihrer Ausführung oder wegen der vom Täter verschuldeten Folgen besonders verwerflich ist; § 72 E.

[2]) Vgl. Motive zu § 35 (S. 33).
[3]) Vgl. hierzu Motive zum 5. Abschnitt, S. 32.
[4]) Ueber die Einschließung (Nachfolgerin der Festungshaft) vgl. im übrigen Motive zum 5. Abschnitt (S. 32) und zu § 72 (S. 54); ferner §§ 171—178 des Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes.

In diesem Zusammenhange erscheint es angebracht, auf die im Entwurf erfolgte rechtliche Gleichstellung der Teile eines Leichnams mit diesem selbst einzugehen. Das geltende Strafgesetzbuch behandelt, wie schon erwähnt, die Wegnahme eines ganzen Leichnams als Vergehen, die Wegnahme von Teilen eines solchen aber nur als Uebertretung. Diese unterschiedliche Behandlung entbehrt, wie in der Literatur mehrfach mit Recht hervorgehoben wird,[5]) ihrer inneren Berechtigung und ist nur daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber offenbar Medizinstudierende und Aerzte, die sich aus Leichtsinn oder aus wissenschaftlichem Interesse Leichenteile aneignen, vor der entehrenden Gefängnisstrafe bewahren will.[6]) Mit Recht wird daher § 367 Ziff. 1 RStGB. insoweit als Standesdelikt der Mediziner bezeichnet. Der jetzigen gesetzlichen Regelung haftet der große Mangel an, daß sowohl Mediziner wie andere Personen, die Teile eines Leichnams aus anderen als wissenschaftlichen Gründen wegnehmen, also selbst in den Fällen reiner Gewinnsucht, nur mit Uebertretungsstrafen belegt werden können. Dieser offensichtliche Mangel ist in § 183 E. behoben. Die durch die Strafdrohung dieser Bestimmung sich etwa ergebenden Härten können durch Anwendung des schon erwähnten § 72 und der nunmehr zu erörternden §§ 73, 74 gemildert werden.

Der Entwurf sieht bei § 183 eine Geldstrafe nicht vor. Hieraus kann ebensowenig wie bei § 168 RStGB. ein Mangel abgeleitet werden; denn wie schon das geltende Reichsstrafgesetzbuch (§ 27 b), so läßt auch der Entwurf (§ 73 Satz 5, § 74) in leichteren Fällen, nämlich wenn Gefängnisstrafe von höchstens drei Monaten verwirkt ist und der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreichbar erscheint, statt der Freiheitsstrafe die Geldstrafe zu.[7])

Im Gegensatz zum geltenden Rechte und zu den Entwürfen von 1909, 1913 und 1919 kennt der jüngste Entwurf die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht nur im Falle der Verurteilung wegen eines Leichen- oder Grabdelikts, sondern überhaupt nicht mehr.[8]) Wie zu der Heraufsetzung der Gefängnismindeststrafe kann auch zu diesem besonderen Probleme im Rahmen der gegenwärtigen speziellen Aufgabe nicht Stellung genommen werden.

[5]) Vgl. Crusen (Diss.), S. 36, 57; Merkel, S. 31, 47; Blankenburg, S. 71, 78, 79; Fischer, S. 104; Klee in Aschrott-Kohlrausch, S. 384; ferner Motive z. VE., S. 519.

[6]) Vgl. LK., § 367 N. I; Crusen (Diss.), S. 36.

[7]) Unrichtig ist daher die Behauptung Fischers (S. 129), eine aus ganz ideellen und menschlich zu verstehenden Gründen erfolgte Wegnahme eines Leichnams müsse im geltenden Rechte unbedingt mit Gefängnis bestraft werden.

[8]) Vgl. Motive zu §§ 46—50 (S. 39).

Der Versuch eines Vergehens nach § 183 E. ist ebensowenig wie nach § 168 RStGB., der Versuch eines Vergehens nach § 327 Abs. I Ziff. 2 ebenso wie nach § 304 RStGB. strafbar; § 26, § 11 Abs. II E,; §§ 43, § 1 Abs. I RStGB. Auch nach dem Entwurfe ist der Versuch milder als die vollendete Tat zu bestrafen; § 26 Abs. II E.

IV. Der Schutz der Grabmitgaben.

Unter „Grabmitgaben" sind die einem Leichnam zur Bestattung in das Grab mitgegebenen Sachen anzusehen, mag die Bestattung in der Erde oder in den Flammen erfolgen. Grabmitgaben sind also insbesonders der Sarg, die Kleidung des Toten, Orden, Waffen u. ä. Zu weit ginge es aber, wollte man mit Steiner [1]) auch die zur Kenntlichmachung und Ausschmückung des Grabes dienenden Sachen als „mitgegeben" ansehen, sei es auch nur „in einem gewissen Sinne"; denn diese Gegenstände nimmt der Tote nicht in das Grab mit, sie werden vielmehr erst nach erfolgter Bestattung zur Beisetzungsstätte verbracht oder dort wieder angebracht.

Es erhebt sich nun die Frage, ob an den Grabmitgaben ein Diebstahl (§ 328 E.) begangen werden kann. Je nach der Auffassung, ob die Grabmitgaben noch im Eigentum der Geber (d. i. regelmäßig der Bestattenden) stehen oder ob sie herrenlos geworden sind, wird diese Frage im geltenden Rechte bejaht oder verneint.[2]) Die herrschende Lehre nimmt zutreffend an, daß Diebstahl an den Grabmitgaben möglich sei.[3]) Diese Auffassung entspricht allein dem Leben; denn stets werden die Bestattenden in ihrem ersten Schmerze sich nicht juristischen Erwägungen über Aufgabe des Eigentums an den Grabmitgaben überlassen, sondern durch die Grabmitgaben die Bestattung überhaupt ermöglichen (Sarg, Kleidung!) und den Verstorbenen ein letztes Mal ehren wollen. Mithin fehlt den Bestattenden in der Regel die Absicht, auf das Eigentum an den Grabmitgaben zu verzichten. Schon aus diesem Grunde kann Dereliktion (§ 959 BGB.) nicht angenommen werden. Hierzu kommt aber noch weiter, daß die Bestattenden auch den Besitz an den Sachen nicht aufgeben (§§ 959,

[1]) Steiner, S. 27/28.

[2]) Unverständlich ist daher die Meinung Kahls (VDB., Bd. 3, S. 66), die verschiedene Beurteilung der privatrechtlichen Natur der einer Leiche in das Grab mitgegebenen Gegestände habe auf die strafrechtliche Frage keinen Einfluß; dies kann nur für § 183 E. gelten.

[3]) Vgl. hierzu die ausführliche Literaturangabe bei Künne, S. 51; a. M. als hier insbes. Dickel, S. 25; Ewald, S. 35; Binding, S. 187, 262; Endemann, Bd. 2, § 4 N. 5; Rotering, in Goldt. A., Bd. 47, S. 249; diese erachten die Grabmitgaben nur durch § 168 RStGB. geschützt.

856 BGB.), sondern Besitzer bleiben; § 868 BGB.[4]) Immerhin sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Geber in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz aufgeben, mag nun der Dereliktionswille schon von Anfang an bestehen oder erst später zutage treten, so, wenn das Grab verfallen gelassen wird.[5]) Daher geht die Auffassung Olshausens, der Dereliktion unbedingt verneint,[6]) zu weit. Vielmehr ist mit Lobe, Frank und v. Liszt[7]) die Dereliktion als Tatfrage zu erachten, wenn auch wohl meistens und im Zweifel zu verneinen.

Eine eigene Bestimmung für den Schutz der Grabmitgaben aufzunehmen, wie dies Crusen und Micelli verlangen,[8]) besteht hiernach keine Veranlassung, dies um so weniger, als die Wegnahme der Grabmitgaben fast nie ohne gleichzeitigen Verstoß gegen § 183 E. erfolgen kann und in Fällen rechtlichen Zusammentreffens von § 328 E. mit § 327 Abs. I Ziff. 2 und § 183 die §§ 65, 66 Abs. I und II genügend hohe Strafen zulassen.[9])

Uebereinstimmung besteht schon im geltenden Rechte darüber, daß an Sachen, die bei dem aufgebahrten Verstorbenen zum Zwecke des Schmuckes oder der endgültigen Mitgabe in das Grab niedergelegt sind, Diebstahl begangen werden kann.

Anhang.

Es sei hier noch kurz Stellung zu der Frage genommen, welcher rechtliche Schutz den künstlichen Ersatzteilen eines Leichnams (künstlichen Augen, silbernen Schädeldecken, Goldplomben usw.) zukommt. Oertmann[10]) unterscheidet hier in scharfsinniger Weise zwischen Sachen, die eingesetzt, angeschnallt und mehr oder minder regelmäßig auch wieder

---

[4]) Mittelbarer Besitz (daher keine weitere Innehabung eines Gewahrsams im Sinne des Strafrechts)! Unmittelbarer Besitzer ist der Eigentümer des Grund und Bodens der Beisetzungsstätte, also meist ein öffentlich-rechtlicher Verband. Sind Eigentümer die Bestattenden selbst, so bleiben sie im allgemeinen unmittelbare Besitzer.

[5]) So auch LK., § 242 N. I 5 a. In diesen Fällen wird meist der Friedhofseigentümer gemäß §§ 958, 872 BGB. in Verbindung mit der Friedhofsordnung Eigentum an den Grabmitgaben erwerben.

[6]) Olshausen, § 242, N. 37 c und 9.

[7]) Lobe, in LK., Vorbem. II 3 b β vor §§ 242—252; § 242, N. I 5 a; Frank, § 242, N. III 2 g; v. Liszt, § 127, N. II 2.

[8]) Crusen (Diss.), S. 63, (Rechtsgut), S. 79.

[9]) Ueber die Möglichkeit von Idealkonkurrenz zwischen § 242 und § 168 RStGB. vgl. Olshausen, § 242, N. 37 c; Oppenhoff, § 168, N. 2; Schreuer, S. 277.

[10]) Oertmann (BGB), Vorbem. 6 c γ zu §§ 90 ff. und bes. in LZ. 1925, Sp. 511.

abgelegt werden, und andererseits solchen, die fest und für möglichst lange Dauer dem Körper eingefügt und entweder überhaupt ohne Zerstörung nicht abtrennbar oder doch nur unter Anwendung ärztlicher Kunst oder Gewalt abtrennbar sind. Sachen der erstgenannten Art sieht Oertmann als selbständige Sachen an, während er Sachen der letztgenannten Art als Bestandteile des Körpers erachtet.[11])

Legt man diese von Oertmann treffend begründete Unterscheidung den strafrechtlichen Erwägungen über den Schutz der genannten Gegenstände zugrunde, so ergibt sich unter weiterer Zugrundelegung der oben mit der herschenden Lehre vertretenen, von Oertmann allerdings bekämpften Auffasung, daß der Leichnam nicht im Eigentum der Erben steht, für die strafrechtliche Behandlung der Frage folgendes:

Soweit es sich um selbständige Sachen handelt, ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Diebstahl, Unterschlagung, unberechtigte Aneignung, Sachbeschädigung an diesen möglich, da das Eigentum an diesen Sachen als Teilen des Vermögens des Erblassers mit dessen Tode kraft Gesetzes auf die Erben überging (§ 1922 BGB.), mithin die Sachen selbst nach wie vor für den nicht Erbberechtigten oder nur miterbberechtigten Täter „fremde" Sachen sind. Dabei ist gleichgültig, ob der Verstorbene in dem Augenblicke des Todes die Sachen angelegt oder abgelegt hatte, oder, letzteren Falles diesem von den Ueberlebenden wieder angelegt, eingefügt wurden, sei es nur für die Aufbahrungszeit, sei es zur Mitgabe in das Grab. Sind diese Sachen dem Leichnam wieder eingefügt oder angelegt, so wird dieser Umstand allerdings bei der Strafbemessung erschwerend ins Gewicht fallen, nicht aber stellt sich ihre Wegnahme gleichzeitig als Wegnahme von Teilen eines Leichnams dar. Wurden aber die Sachen dem Toten nicht nur zur Mitgabe in das Grab angelegt, sondern tatsächlich in das Grab mitgegeben, sind sie also Grabmitgaben, so gelten hiefür die oben aufgestellten Grundsätze.

Handelt es sich jedoch um Bestandteile eines Körpers im oben dargelegten Sinne, so kommt eine Bestrafung wegen deren Wegnahme nur nach § 183 E. (ev. in rechtlichem Zusammentreffen mit § 327 Abs. I Ziff. 2 E.) in Betracht, weil es sich hier um wirkliche Teile eines Leichnams handelt. Eine andere rechtliche Beurteilung ergäbe sich allerdings bei Zugrundelegung der Auffassung Oertmanns, da z. B. Goldplomben als Teile des Leichnams im Eigentum der Erben stünden.

[11]) Aehnlich unterscheiden für den lebenden menschlichen Körper Endemann, Bd. 2, § 4, N. 5 b; Planck-Strohal, Vorbem. 2 a vor § 90; Lindemann-Soergel, § 90, N. 3; Blankenburg (S. 71) sieht zu Unrecht auch Gebisse als Teile eines Leichnams an.

Der Strafrahmen ist für die Fälle der Wegnahme künstlicher Bestandteile eines Leichnams der gleiche wie für die Fälle der Wegnahme natürlicher Bestandteile eines solchen oder die Wegnahme eines solchen selbst. Bei der Strafwürdigkeit der Wegnahme künstlicher Teile eines Leichnams zeigt sich wiederum die Zweckmäßigkeit einer Zusammenfassung des § 168 und des § 367 Ziff. 1 zweite Alternative RStGB. unter einer einheitlichen Strafbestimmung.

C.

Schlußbemerkung.

Zusammenfassend kann gesagt werden:

Der Entwurf beseitigt auf dem Gebiete des Leichen- und Grabrechtes die wesentlichsten Mängel des geltenden Rechtes, indem er Teile eines Leichnams ebenso hoch wertet und schützt wie diesen selbst, die Leichenschändung unter Strafe stellt und die Asche eines Verstorbenen zum Gegenstande rechtlichen Schutzes erhebt. Beseitigt der Entwurf durch die rechtliche Gleichstellung von Leichenteilen mit einem Leichnam, sowie mit der Strafandrohung für Leichenschändungen nur eine dem geltenden Reichsstrafgesetzbuche seit seiner Geburtsstunde anhaftende Rückständigkeit, so beweist er durch den Schutz der menschlichen Asche eine besonders fortschrittliche Gesinnung; denn neben Italien ist Deutschland dann, wenn der Entwurf zum Gesetze wird, der einzige Staat, der auch der Asche rechtlichen Schutz gewährt. Gegenüber diesen wichtigen Neuerungen fallen in dem Entwurfe etwa noch vorhandene unbedeutende Mängel nicht ins Gewicht. Den Wünschen a l l e r gerecht zu werden, ist auch dem Entwurfe nicht möglich; vollkommen zu sein kann k e i n Gesetz für sich in Anspruch nehmen.